
Google





Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Acht und dreyßigster Theil.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1835.

Fortsetzung des Titels:

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

§. 1425. f.

Das Recht der Notherben nach deutschen Gesetzen und in seiner Anwendung auf Erbverträge.

In Deutschland waren früher weder Testamente bekannt [1]), noch ein vollständiges Universalerbenrecht (Note 7), und eben so wenig ein Notherbenrecht im römischen Sinne. Was sich davon in den Verarbeitungen des römischen Rechts findet, welche in den auf römischem Boden errichteten Germanischen Staaten entstanden (z. B. in dem Edict Theoderichs und der **Lex Romana Burgundionum**),

1) *Taciti* Germania c. 20. — *J. H.* Heineccius Diss. de testamentifactione jure Germanico arctissimis limitibus passim circumscripta (in opusculor. variòr. Syll. Hal. 1735. 4. Exerc. XXVI.) §. IX. p. 934 fg. (Math. v. Wicht) in dem Vorbericht zum ostfriesischen Landr. (Aurich 1746) §. 6. S. 14 fg. Note x. (Griesinger) Fortsetzung von Dänz Handb. des deutschen Privatr. nach dem System von Runde Bd. IX. S. 4—23. *Joh. Jac.* Splitgerber Spec. hist. jurid. inaug. de successione ab intestato ex antiquis gentium Germanicarum moribus explicata. Amstelod. 1833. §. I. p. 5 sqq.

kann natürlich nicht als Zeugniß des in Deutschland geltenden Rechts angesehen werden, wenn gleich die in jenen Staaten lebenden Deutschen, und auch deutsche Kaiser, Fürsten und hohe Geistliche wohl auf römische Art testirten [2]). Lange gab es in Deutschland nur gesetzliche Erbfolge, mit großen Verschiedenheiten sowohl in Ansehung der berechtigten Subjecte [3]), als der Gegenstände [4]). Die Verpflichtung zur Schuldenzahlung gieng zwar auf den Erben über, aber nur insofern der vererbte Gegenstand mit Schulden belastet werden konnte [5]), und auch alsdann

2) Heineccius l. l. §. X. p. 936. Vgl. auch v. Savigny Gesch. des römischen Rechts im Mittelalter Bd. I. S. 268 fgg. Bd. II. S. 103—118 Griesinger Forts. von Danz Bd. IX. §. 679. S. 30 fgg. Spangenberg die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden. II. Bd. (Heidelb. 1827) S. 283 fgg. — S. auch unten Note 26. — Hieraus erklären sich denn auch wohl die in den Formelnsammlungen sich findenden Testamentsformulare (vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. I. S. 273 fg.), die aber freilich keineswegs als eigentliche Zeugnisse wirklicher Anwendung des römischen Rechts betrachtet werden dürfen, v. Savigny a. a. O. Bd. I. S. 402. fg.

3) Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 329. 330. (d. 3. A.) Mittermaier Grundſ. des gem. d. Privatr. §. 382. 383. (d. 4. A.) Rom. Maurenbrecher Lehrb. des heut. gem. deutsch. Rechts §. 538. 539. — Vgl. Rud. v. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen. Berl. 1828. §. 4. S. 16.

4) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 540.

5) In der älteren Zeit wurden regelmäßig alle Immobilien schuldenfrei vererbt, so daß die Schulden nur auf der fahrenden Habe hafteten. Sachsenspiegel B. I. Art. 6. — Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. II

nur soweit die Verlassenschaft zur Deckung der Schulden hinreichte [6]), so daß mithin ein wahres Repräsentativverhältniß des Erben, eine vollständige Universalsuccession, dem deutschen Rechte fremd war [7]). Aber auch Erbverträge in dem Sinne, welchen man jetzt damit verbindet, d. h. Verträge, wodurch ein eigentliches Beerbungsrecht

§. 375. v. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels §. 57. S. 331 fgg. Wie sich dies allmählig änderte, ist hier weder nachzuweisen, noch steht es mit dem Zwecke der gegenwärtigen Erörterung in irgend einer näheren Verbindung. Vgl. darüber, so wie über den Gegenstand der folg. Note Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. §. 456. (Zu den von Eichhorn angeführten Citaten ist auch noch hinzuzufügen das alte Culmische Recht Buch IV. Cap. 17). S. auch unten Note 22.

6) Sachsensp. a. a. O. „Wer das Erbe nimmt, der soll des Verstorbenen Schulden bezahlen, so weit das Erbe an fahrender Habe zureichet.“ (Vgl. Schwabensp. C. 262. §. 1.). Und dabei gab es auch noch andere Einschränkungen: Sachsensp. a. a. O. „doch ist er nicht schuldig, Dirbstahl, Raub oder Spielschulden zu bezahlen.“ — Die Forderungsrechte giengen aber vollständig auf den Erben über, Sachsensp. B. I. Art. 9. R. Sydow a. a. O. S. 328 fg. (Nr. 1).

7) Eine Repräsentation des Erblassers durch den Erben, in Folge deren dieser auch mit seinem eignen Vermögen für die Schulden haftet, kennt also das ältere deutsche Recht nicht. Indessen liegt eine zu beschränkte Auffassung des Begriffs der römischen per universitatem successio zu Grunde, wenn die Germanisten, wie gewöhnlich geschieht, behaupten: im deutschen Erbrechte werde gar keine Universalsuccession gefunden, — wobei denn noch wohl bemerkt wird: da auch der deutsche Erbe in alle Rechte des Erblassers eingerückt sei, so passe es nicht ganz, wenn

begründet wird, waren lange unbekannt[8]). Ueberhaupt war ja das Verfügungsrecht über sehr wichtige Bestand-

man das deutsche Erbrecht nur Singularsuccession nennen wolle. (S. Mittermaier Grundsätze §. 382. Nr. IV. v. Sydow Erbr. nach d. Sachsensp. §. 54. S. 313 fg. Maurenbrecher Lehrbuch §. 541. Nr. 3. Auch Hasse hatte früher wohl die nämliche Ansicht; s. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft von v. Savigny u. s. w. Bd. I. S. 36. Note 14. Nur bei Eichhorn finde ich sie nicht). Allein die Römer zweifelten keinen Augenblick, auch das bloße Eintreten in die gesammten activen Vermögensverhältnisse eine per universitatem successio zu nennen (s. Pr. J. *de acquis. per arrog.* und Pr. J. *de successionib. sublatis*, quae fiebant per *bonor. vendit.* — Vgl. auch meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 612.); für diesen Begriff kommt also zunächst nur in Betracht, daß durch einen Erwerbsact ein Vermögen übergeht. Vgl. Hasse im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. I. S. 19 fg. u. S. 58—62, woselbst (Note 4) gesagt wird, daß, wenn gleich die Schulden auf den deutschen Erben nur, soweit die Masse reicht, übergehen, die deutsche Beerbung dennoch als Universalsuccession behandelt werden müsse, indem absoluter Uebergang der Schuld nicht zum Wesen der Universalsuccession gehöre. Hasse darf also keineswegs als Vertheidiger der Meinung angesehen werden, wonach die deutsche Erbfolge als Singularsuccession zu betrachten ist, wie dies wohl geschieht. M. s. Maurenbrecher Lehrb. §. 541. a. E. Nr. 1. Es läßt sich auch gegen die Annahme einer Universalsuccession schon im älteren deutschen Rechte daraus kein Argument hernehmen, daß der deutsche Nachlaß nicht als eine einzige unzertrennte Masse angesehen werden dürfe, sondern es hier eben so viele getrennte Vermögensmassen gegeben habe, als verschiedene Beziehungen, wo-

theile des Vermögens dem Besitzer entzogen, indem diese den gesetzlichen Erben hinterlassen werden mußten, deren Recht daran in keiner Weise mit dem der römischen Notherben verglichen werden darf; denn sie konnten von dem Erbe gar nicht ausgeschlossen werden und durften eine wider ihren Willen erfolgte Veräusserung, sogar noch bei Lebzeiten des veräussernden Besitzers, als nichtig anfech-

nach ein Individuum möglicherweise beerbt werden konnte (z. B. Stammgut, Heergeräthe, Gerade u. s. w.); Mittermaier Grundsätze §. 382. Nr. V. Maurenbrecher Lehrb. §. 541. Nr. 2. Denn, wer auch nur das bekam, was nach Abzug der einem besonderen Successionsrechte unterworfenen Vermögensobjecte noch übrig blieb, der war eben so gut Universalsuccessor, wie der römische Erbe, welcher nach Abzug der Schulden und Vermächtnisse vielleicht nur wenig übrig behielt. — Uebrigens schließt auch selbst Huschke (im rhein. Mus. Bd. VI. S. 365 fg.) sich hier den Germanisten an, weil er die vermögensrechtliche Einheit als zum Wesen der per universitatem successio gehörig ansieht. Wir wollen hierüber nicht streiten. Gewiß ist aber, daß, so gut die Römer eine Succession in ein Gesammtvermögen ohne eine eigentliche Succession in die Schulden als per universitatem successio zuliessen, eben so gut diese auch dem deutschen Erbrecht von jeher bekannt gewesen sey.

8) (Griesinger) Fortsetzung von Danz Commentar Bd. IX. §. 678. S. 23—29, besonders aber Hasse über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, im rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. II. Heft I. §. 3. S. 165—173, und Ge. Beseler die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (Gött. 1835. Auch unter dem Titel: die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte) §. 1. S. 4.

ten 9). Ursprünglich gehörte dahin alles unbewegliche Gut 10) — auch wohl vorzugsweise hereditas genannt 11) — und selbst bis in die neuesten Zeiten hat sich in dieser Beziehung ein Unterschied erhalten zwischen wohlerworbenem Vermögen (bona acquisita), worüber eine freie Verfügung möglich ist, und angestammtem Gut (Erbgut, bona avita), was nicht ohne der Erben Erlaubniß veräussert werden darf, meistens mit Beschränkung auf Immobilien, bisweilen aber alles von Blutsfreunden ererbte Vermögen umfassend 12). Genug, es blieb lange Zeit Regel, daß ohne der gesetzlichen Erben Zustimmung der Besitzer nur über sein Mobiliar verfügen dürfe; soweit eine Verfügung möglich war, also auch über das ganze Vermögen, wenn keine Erben vorhanden waren, oder die vorhandenen einwilligten, konnte sie auch in der Art erfolgen, daß der Eigner des Vermögens Jemandem das Nachfolgerecht zusicherte 13). Hiefür bildete sich denn eine

9) Sachsensp. B. I. Art. 52. — v. Sydow Erbrecht n. dem S. Sp. §. 44. S. 220 fgg. Vergl. W. F. Albrecht die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (Königsb. 1828) §. 13. S. 112. — Ueber die frühere Zeit s. Beseler a. a. O. §. 5. S. 48 fgg.

10) S. z. B. Sachsensp. B. I. Art. 52. — v. Sydow a. a. O. §. 40. S. 182 fgg.

11) Hasse a. a. O. S. 174 fg. Nr. 7.

12) Lübsches Recht B. I. Tit. 10. Art. 6. — Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 1. §. 7. — Heineccius Diss. de testamenti factione jure germ. etc. §. XXIV. Haubold Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. §. 396.

13) Schon in den alten Volksrechten geschieht des Erbvertrags über das gesammte Vermögen Erwähnung. Lex Ripuarior. C. 48. „Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in

eigenthümliche Form aus, die nicht Vertragsform, sondern eine symbolische Tradition war [14]), wodurch der Nachfolger die Gewehr, und damit jedenfalls ein selbstständiges Recht erhielt, welches ihn gegen Veräusserungen sicher stellte [15]). Fahrende Habe allein wurde auf diese Weise nicht vergabt, sondern dabei wirkliche Uebergabe erfordert [16]); wohl aber in Verbindung mit den Immobilien, und überhaupt in Beziehung auf das Gesammtvermögen, gegenwärtiges und künftiges [17]), versteht sich, soweit es der Dispositionsbefugniß des Erblassers unterworfen war. In der Folge wird ein ge-

praesentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicunque libet de proximis vel extraneis, *adoptare in hereditatem* (s. unten Note 24), vel adfatimi (s. die folg. Note) per scripturarum seriem, seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat." — Hasse a. a. O. S. 175 a. E. fg. Albrecht von der Gewere §. 21. S. 218.

14) Lex Sal. cap. 49 (oder 48). Es ist dies die Form, welche in den corrumpirten Handschriften sehr verschieden benannt wird, z. B. adfatimi oder adfatinnire, acfatmire, adframire u. s. w. (S. Lex Salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum Lege Ripuariorum ed. *E. Ad. Theod.* Laspeyres. Hal. 1833. 4. p. 114. 115. Vgl. auch E. Spangenberg die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden Bd. I. (Heidelb. 1827). S. 417. Nr. 5). — Ueber die Form selbst s. Hasse a. a. O. S. 176 fgg., besonders aber Beseler a. a. O. §. 7. S. 96 fgg.

15) Albrecht a. a. O. §. 19 u. besonders daselbst S. 190 fgg.

16) Albrecht a. a. O. §. 20. S. 201 fgg.

17) Albrecht a. a. O. §. 21. S. 218 fgg. — Vgl. Beseler a. a. O. §. 10. 11. S. 152 fgg.

richtlich ertheiltes Versprechen für genügend erachtet, wenigstens um dem Promissar ein unwiderrufliches Successionsrecht zu ertheilen [18]), jedoch durfte der Promittent sich freies Verfügungsrecht vorbehalten [19]). Aber auch die gerichtliche Auflassung hielt man nicht immer und zuletzt überall nicht mehr für nothwendig; eine schriftliche Vertragsurkunde konnte deren Stelle vertreten [20]), ja zuletzt kam die, freilich vielfach durch Particulargesetze wieder beschränkte Regel auf, daß jede Vertragsform genügte [21]). Mit den Formen änderten sich allmählig auch die Wirkungen, und wenn früher der, welcher als Nachfolger in die Immobilien die Gewere erhalten hatte, überall nichts zu den Schulden des Erblassers beitrug [22]), so finden

18) Sachsenspiegel B. II. Art. 30. Hier wird der Erbvertrag überhaupt noch als Ausnahme von einer verbietenden Regel bezeichnet: „Wenn sich einer Erbe zusaget, nicht wegen Anverwandtschaft, sondern als ob ihm solches versprochen wäre, das soll man vor Unrecht halten, es könnte denn erwiesen werden, daß das Versprechen vor Gerichte vollzogen worden sey." — Görlitzer (Magdeburger) Recht von 1304. Art. 21. (Gaupp das alte Magdeburger u. Hallische Recht, Berl. 1826. S. 278). — Ueber die Wirkung eines ohne Tradition vollzogenen Erbvertrags s. Albrecht a. a. O. S. 204—208.

19) Das alte Culmische Recht Buch IV. Cap. 21. — Albrecht a. a. O. S. 208 u. 222. Not. 584.

20) Schon das Ripuarische Gesetz (s. oben Note 13) erwähnt nur die Nothwendigkeit einer Tradition oder eines schriftlichen Aufsatzes. Vgl. auch Hasse a. a. O. S. 181. Nr. 9.

21) Hasse a. a. O. S. 196 fgg. (Nr. 20).

22) Albrecht a. a. O. S. 190 fg. (Nr. 1). — Beseler a. a. O. §. 10 a. E. S. 150 fg.

wir später die Verbindlichkeit des Vertragserben, mit dem Nachlaß die Schulden zu decken, allgemein anerkannt [23]). Auf diese Weise gewöhnte man sich denn auch in Deutschland an die Vorstellung, daß Erbrecht aus einem zwiefachen Grunde deferirt werden könne: durch Gesetz und durch eine Verfügung des Erblassers [23a]); die wesentliche Gleichheit der Wirkungen beider Delationsgründe ergiebt sich vielleicht am bestimmtesten daraus, daß man sich den Erbvertrag wohl als eine Adoptionshandlung des Erblassers zu denken pflegte [24]).

Welchen Einfluß nun auf dies Alles das römische Recht hatte, und wann eigentliche Testamente in Deutsch-

23) Culmisches Recht IV. Cap. 20 a. E. Cap. 34. — Albrecht S. 221 a. E. fg. — Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. §. 456.

23a) Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. IV. §. 572. — In den deutschen Gesetzen werden die letztwilligen Verfügungen aller Art häufig durch Gescheфft, oder Geschеffte bezeichnet. S. auch unten Note 27. 28.

24) S. oben Note 13, auch die Glosse zum Sachsensp. B. II. Art. 30, welche also anfängt: „Dieser Artikel redet von dem Kaiserrechte, welches im Latein heißt *de adoptionibus*, d. i. zu Deutsch, von den gewillkürten Erben. Denn vor Zeiten war es also, daß ihm ein jeglicher Mann seiner Willkür nach zu einem Sohn oder Tochter erwehlen mochte, wen er wollte. Und die waren darnach in seiner Gewalt, und er beerbte sie mit seinem Gut;" (d. h. er vererbte auf sie sein Gut). Es ist daher gewiß nicht richtig, wenn Hasse (a. a. O. S. 177 fgg.) meint, daß man dabei an die römische Adoption ganz und gar nicht gedacht habe. — Vgl. auch das Freiburger Stadtrecht v. 1520. Bl. 62 b. fgg.

land aufkamen? läßt sich mit Sicherheit nicht bestimmen[25]). Eine große Annäherung an einseitige letztwillige Verfügungen lag jedenfalls darin, daß man bei Erbverträgen sich willkührlichen Widerruf vorbehalten durfte. Der Name Testament für letztwillige Verfügung[26]) kommt in solchen Urkunden, welche von einem Rechtsgebrauch in Deutschland Zeugniß geben können, nicht vor der Zeit vor, wo man daselbst römisches Recht wenigstens schon kannte; man kann also immer zugeben, daß darunter wirkliche einseitige und widerrufliche Dispositionen auf den Todesfall, nicht aber Erbverträge zu verstehen seien[27]), ohne daß hieraus folgen würde, die Testamente seien in Deutschland ohne Einwirkung des römischen Rechts aufgekommen[27a]). Der so gewöhn-

25) Vgl. hierüber im Allgemeinen Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. §. 455. 456 und Hasse a. a. O. S. 184 fgg. Nr. 11—17.

26) Der Ausdruck testamentum hat auch die Bedeutung einer Urkunde überhaupt; *du* FRESNE glossar. ad script. infimae a med. latinitat. v. *testamentum*. Ueberdies darf man nicht vergessen, was oben (zu Note 2) über die Testamente von Deutschen gesagt ist, welche aber keineswegs als Zeugniß eines in Deutschland geltenden Rechts angesehen werden dürfen.

27) S. besonders Albrecht a. a. O. S. 209—217.

27 a) Gerade der Gebrauch des Ausdrucks Testament in dem Lübschen Recht v. J. 1240 (Art. 161) und in anderen alten Stadtrechten beweist vollständig wider die Germanisten, welche wie Mittermaier (Grundsätze §. 407) eine unabhängige Entstehung der Testamente in Deutschland annehmen. Denn es wäre doch wahrlich sehr auffallend, wenn ein so rein technischer Ausdruck des röm. Rechts sich zufällig auch an anderen Orten für densel-

liche Ausdruck: Geschefft, oder Gescheffte (für Dispositionen auf den Todesfall) kann hierbei gar nichts entscheiden, da er allerdings in den Particularrechten und Statuten, welche von römischen Testamenten handeln, auch auf diese bezogen wird, allein keineswegs ausschließlich, und bisweilen wohl gar im Gegensatze derselben [28]). Indessen ist ein näheres Eingehen in diese und ähnliche Fragen für unseren Zweck sehr entbehrlich. Nur Einiges, was der folgenden Darstellung zur Grundlage dienen muß, soll hier besonders hervorgehoben werden.

Vergebens suchten die Romanisten die Giltigkeit der Erbverträge aus Gründen zu bestreiten, die ja doch immer nur aus dem römischen Rechte hergenommen werden konnten [29]). Eher gelang es, den Erbverträgen, welche jetzt auch häufig eingegangen wurden, um dem Eindringen der römischen Testirfreiheit mittelbar zu begegnen [30]), römische Formen und Grundlagen zu geben [31]),

den Begriff ausgebildet hätte. Noch andere Gründe für die hier vorgetragene Meinung finden sich bei Beseler die Vergabungen von Todeswegen §. 14. S. 252—260.

28) S. z. B. Nürnb. Reform. v. 1522. Bl. 103, wo in der Ueberschrift des Gesetzes Geschefft auf Testament und Geding bezogen wird, in dem Gesetz selbst aber häufig Testament und Geschefft, so wie Testament oder Geschefft, offenbar im Gegensatz stehen.

29) Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. §. 455. Note m.

30) Hasse a. a. O. S. 191 fgg. Nr. 16.

31) S. Hasse a. a. O. S. 185 u. 194 fg. (Nr. 18). Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 455. Note l. — Merkwürdig ist auch die Aeusserung von Zasius, daß die Erbver-

was denn freilich auch wieder neue Doctrinal-Streitigkeiten veranlaßte. Auch ward in manchen Ländern das römische Recht so vorherrschend, daß Erbverträge entweder auf pacta successoria unter Ehegatten beschränkt[32]), oder wohl gar ganz abgeschafft, wenigstens für widerruflich erklärt wurden[33]). Doch darf man

träge, ungeachtet sie durch ganz Deutschland verbreitet seien, dennoch für eine Anomalie gehalten werden müßten. In dem Lib. II. c. 7 *singular. resp.*, wo er mehrere juristische Anomalien (oder Anonyma wie er meistens sagt) anführt, heißt es unter anderen: „Item in ordinationibus successoriis, quibus tota Germania est referta, hoc videre licet; hae enim nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, *nec plane pactum, sed est voluntas in genere.*" (Diese Worte beweisen, daß Zasius sich das Wesen des Erbvertrags, als eines nicht auf Begründung einer bloßen obligatio gerichteten Vertrags, sehr richtig dachte. S. Hasse a. a. O. S. 169). — Uebrigens ist es eine eben so richtige, als für das practische Recht viel zu wenig beachtete Bemerkung neuerer Juristen, daß römisches Testamentsrecht auch auf die deutschen Erbverträge und deren rechtliche Bedeutung einwirkte, daß man hierbei besonders den Begriff einer willkührlichen Erbesernennung, oder einer Vergabung von Todeswegen im Auge behielte, und jedenfalls sich die innere Verwandtschaft beider Anfangs viel größer dachte, wie dies der Fall war, seitdem man aus allgemeinen Begriffen, Natur der Sache u. s. w. ein deutsches Privatrecht zu construiren anfieng. — Vgl. Hasse a. a. O. S. 168 fgg. S. 182 fgg. Albrecht a. a. O. S. 213.

32) S. z. B. allgemeines bürgerl. Gesetzbuch für die österr. Monarchie §. 602.

33) Z. B. in der Frankfurter Reform. Th. III. Tit. 2. §. 4. „Dieweil auch die Recht (nämlich das römische Recht)

dies nicht schon aus der Nichterwähnung der Erbverträge in manchen der romanisirenden Particular-Rechte und Statute schliessen, welche besonders im südlichen Deutschland vom vierzehnten Jahrhundert an erschienen. Hier finden wir das römische Testamentsrecht meistens nach den Quellen, mit wenigen Modificationen, wiedergegeben; aber man würde sich sehr irren, wenn man daraus auf einen herrschenden Gebrauch zu jenen Zeiten schliessen wollte. So versichert Ulr. Zasius, der an mehreren jener Rechte unmittelbar Antheil nahm: wenn gleich Leibeigne testiren dürften, so habe er doch ein solches Testament noch nie gesehen, wie denn auch beim Mittelstande in Deutschland Testamente etwas ganz un-

ausdrücklich wöllen, daß die Erbschaften nicht durch Pacta und Eheberedungen vermacht werden sollen, so wöllen Wir, daß hinfüro alle solche Pacta und Geding, darinn ein Ehegemahel dem anderen alle, oder einen benannten Theil seiner Güter erblich vermachen wolt, sollen underlassen, und da sie gleich in die Heuraths-verschreibung gesetzt, doch für untüchtig und kraftloß gehalten werden." Wie dies übrigens gemeint ist, ergiebt sich aus dem Schluß des gedachten §. 4 so wie aus dem Inhalte des folgenden §. Hiernach soll jeder Ehegatte über sein Vermögen frei disponiren dürfen, und nur wenn er dies nicht thut, auch die Eheberedung nicht widerruft, der Inhalt derselben durch seinen vor dem anderen Ehegatten erfolgten Tod convalesciren. (Uebrigens kennt das Statut die Einkindschaft, Th. III. Tit. 10). — Aehnlich ist die Bestimmung des Solmschen Landr. v. 1571. Th. II. Tit. 18. §. 6. 7. Tit. 23. §. 16. Ferner Küneb. Stadtr. oder Reform. v. 1679. Th. III. Tit. 5. (Pufendorf observ. T. IV. append. p. 707 sq.)

gewöhnliches seien[34]). Wir dürfen daher diese Statute und Particularrechte, sofern in ihnen nur aus römischen Quellen geschöpft ist, in Ansehung der einzelnen Lehren nicht als Zeugnisse der Praxis ihrer Zeit ansehen, sondern sie haben vielmehr den Character von wissenschaftlichen Arbeiten über römisches Recht. Römisches Recht und römische Vorstellungsweise bildet durchweg die Grundlage, germanische Institute, welche sich mit den römischen nicht wohl vertragen, werden sehr in den Hintergrund gestellt, oft gar nicht erwähnt, wenn sie gleich dem practischen Rechtskreise unzweifelhaft angehörten. Namentlich ist dies der Fall mit den Erbverträgen, die meistens entweder gar nicht, oder nur bei den Ehestiftungen angeführt werden, wo sie freilich zu häufig vorkamen, als daß man dies auch bei solchen Arbeiten, die wesentlich auf fremder Quelle fußten, hätte übersehen können[35]). Für die Praxis der kommenden Zeit aber wurden sie sehr bedeutend, und in ihnen liegt wohl mit ein Hauptgrund, weshalb römisches Recht bald alle rechtlich zu beurtheilende Verhältnisse beherrschte, und insonderheit denn auch im Erbrecht die s. g. Universalsuccession des Erben im römischen Sinne Regel wurde,

34) *Udalr.* Zasii singular. resp. Lib. I. Cap. III. Nr. 77; „heredes ab intestato habere possunt (homines proprii), et forte ex testamento, quod tamen nunquam vidi, *quando testamentorum usus apud mediae plebis Germanos insolens est.*“

35) Vgl. Freiburger Stadtr. v. 1520. Th. III. Tit. 2. Bl. 54 b. — In einer späteren Zeit, wo das Bestreben nach bestimmter Erkenntniß und Entwickelung der Rechtsbegriffe vorherrschend geworden war, wurden freilich die Erbverträge auch in den Gesetzbüchern nie vergessen.

so wie für Verfügungen auf den Todesfall das römische Testament und römisches Notherbenrecht[36]).

Wenden wir uns nun zu unserem eigentlichen Thema, so ergiebt sich aus dem Vorhergehenden wohl im Allgemeinen das Resultat, daß die Frage: wie römisches

36) Daß dies (einzelne Beschränkungen und Ausnahmen abgerechnet) der Fall sey, ist allgemein anerkannt. S. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 382. a. E. Maurenbrecher Lehrb. §. 556 a. E. Auffallend scheint es, daß dies so spät erfolgte, da doch die Freiheit, durch einseitige Willenserklärung über seinen Nachlaß zu verfügen, Jedem willkommen seyn mußte, Testaments auch bekanntlich von der Geistlichkeit, welche dieselben als Hauptquelle ihrer Reichthümer betrachten durfte, sehr begünstigt wurden. Indessen sieht man daraus, wie tief gewurzelt in Deutschland die Ansicht war, daß man den gesetzlichen Erben ohne deren Erlaubniß ihr gesetzliches Successionsrecht nicht entziehen dürfe. Hieraus erklären sich denn auch die Privilegien, wodurch den Bewohnern einzelner Städte das Testamentsrecht ertheilt wurde. S. hierüber Heineccius de testamentifactione jure germ. passim circumscripta §. XI. Mittermaier in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. von Savigny u. s. w. Bd. II. Abh. XIV. (S. 351—359 (Nr. XI.). Griesinger in der Forts. von Danz Bd. IX. S. 48—75. Zugleichen erklärt sich daraus die Erschwerung der Vergabungen auf den Todesfall durch die Bedingung noch Statt findender physischer Kraft (Sachsenspiegel B. I. Art. 52; Albrecht v. d. Gewere S. 202—204; Phillips über das Rechtssprüchwort: der Todte erbt den Lebendigen, in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. VII. S. 7 fgg.); womit denn auch die Bestimmung der Cölner Statuten a. d. J. 1463. Art. 2 zusammenhängt, daß der Testirer ungehalten und ungeleitet sieben Fuß Länge gehen solle.

Notherbenrecht sich in Deutschland practisch gestaltete, geradezu aus den früheren auf römisches Recht gegründeten Particularrechten nicht beantwortet werden kann, indem sich bei ihnen sogar solche Inconsequenzen der Lehrbücher über römisches Recht finden, welche durch die Praxis sicher nie aufkommen, wenn sie gleich wohl ein oder das andere Mal in der Praxis blind befolgt werden[37]). In dieser Hinsicht sind denn immer die durch vorkommende Fälle veranlaßten Untersuchungen und Aeusserungen der practischen Schriftsteller vorzuziehen, welche aber bereits im vorigen Bande, soweit wir dieß für unseren Zweck nöthig erachten durften, benutzt sind. Indessen gewähren jene Particularrechte doch auch für unseren Zweck manche Ausbeute. Erstlich zeigt sich bei einzelnen Materien eine gewisse Selbstständigkeit auch darin, daß Controversen der Romanisten berücksichtigt, und Unbestimmtheiten der zu Grunde liegenden Quelle beseitigt sind; so namentlich in Ansehung der Enterbungs=

37) Dahin gehört z. B. die gewöhnliche Bestimmung, daß ein agnatione postumi rumpirtes Testament allen seinen Theilen nach über den Haufen falle (z. B. Freiburger Stadtr. III. Tit. 5. Bl. 70 b. Württemb. Landr. III. Tit. 20. §. 7. Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 20. §. 6. Der Stadt Basel statuta v. 1719. Th. III. Tit. 15. S. 134. Codex Maximilianeus Bavaricus civilis. Th. III. Tit. 3. §. 25. Nr. 3), wogegen die Präterition oder Ausschliessung eines schon zur Zeit der Testamentserrichtung existirenden suus heres nach der Regel der Nov. 115 behandelt wird. Offenbar, weil man Jenes buchstäblich im röm. Recht also bestimmt fand, die Nov. 115 aber auf den postumus keine ausdrückliche Rücksicht nimmt. — Vgl. oben Bd. 37. §. 1425. c. S. 352 fgg. (Nr. 2.) u. unten Note 78.

ursachen[38]), die freilich häufig auch aus der Nov. 115 buchstäblich übertragen sind[39]). Sodann ist bisweilen sehr bestimmte Rücksicht auf particularrechtliche Einrich-

38) S. z. B. das Würtembergische Landr. v. 1609. Th. III. Tit. 17. S. 395. — Cod. Maxim. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 16. Nr. 12. — Besonders eigenthümlich ist in Beziehung auf die Legitima und die Enterbung das Freiburger Stadtr. von 1520. Es unterscheidet diejenigen Kinder, denen nichts vorzuwerfen ist, nicht blos von den undankbaren, sondern diese wieder von solchen, welche eine Enterbung verdient haben. Den ersteren darf von ihrer gesetzlichen Erbportion nichts entzogen werden, sofern nicht dem Ascendenten erst nach aufgelöster erster Ehe Vermögen erworben ist, in welchem Falle ihnen zwei Dritttheile dieses Vermögens zu hinterlassen sind. Den nur undankbaren Kindern („die sich ungebührlich betragen haben"), ist jedenfalls ein auf ½ der sonst ihnen gebührenden Legitima bestimmter Theil zu hinterlassen, und nur wer aus den bestimmt namhaft gemachten Ursachen (welche im Wesentlichen aus dem römischen Rechte entlehnt sind) enterbt werden kann, darf ganz ausgeschlossen werden; Th. III. Tit. 3. Bl. 57. Tit. 5, Bl. 72. 73. Tit. 9. Art. 3. Bl. 82. — S. auch die Bestimmung des Pfälzer Landrechts, unter Note 73 a. E.

39) Bisweilen wird auch wohl, ohne Aufzählung der Enterbungsursachen geradezu auf römisches Recht verweisen; z. B. Solmsches Landr. Th. II. Tit. 23. Art. 15. „Ordnen — Wir, daß die Eltern, als Vatter, Mutter, Anherr und Anfrawe ihre eheleibliche Kinder, Tichtern und Urtichtern (d. i. Enkel und Urenkel) in ihren Testamenten in alle Wege zu Erben benennen und einsetzen sollen, sie hätten dann genugsame Ursachen, so in den Rechten bestimpt und erklärt, warumb sie solches underlassen." —

tungen genommen und römisches Notherbenrecht darauf angewandt; in dieser Beziehung mag hier nur bemerkt seyn, daß hie und da Ehegatten für pflichttheilberechtigte Personen erklärt sind, deren Ausschliessung oder Enterbung aber auch aus gewissen Gründen möglich ist [40]. Endlich bestätigt sich aber durch diese Particularrechte das durch die Untersuchungen des vorigen Bandes bereits gewonnene Resultat, daß man überall auf Vereinfachung der Folgen verletzten Notherbenrechts bedacht war. Von dieser Seite betrachtet nimmt ihr Inhalt unsere Aufmerksamkeit besonders in Anspruch. Doch ergiebt sich aus dem Bisherigen von selbst, daß ein Particularrecht für uns an Interesse in dem Grade gewinnt, als es in die neuere Zeit hinaufreicht. Die in die besonderen Rechte der früheren Zeit über römisches Notherbenrecht aufgenommenen Ansichten konnten allenfalls noch als Privatüberzeugung einzelner Männer betrachtet werden, auch in den Puncten, worin sie miteinander übereinstimmten, indem bekanntlich bei der Redaction derselben die bereits vorhandenen Land- und Stadtrechte stark benutzt zu werden pflegten, wie ihre oft wörtliche Uebereinstimmung beweist. Als aber römisches Notherbenrecht überhaupt in die Praxis eingedrungen war, da nahm man bei der Anwendung der Particularrechte eine sehr wesentliche Rücksicht sowohl auf die Quelle, woraus sie geschöpft waren, als auch auf die einheimischen Rechtsbegriffe, wie dies Alles die neueren Redactionen jener Gesetzbücher bezeugen. Was sich darin findet, darf also viel eher als das Resultat einer genauen Erwägung seiner Bedeutung an sich, seines Ver-

40) S. z. B. Würtemberg. Landrecht v. 1609. Th. III. Tit. 19. Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 19.

hältnisses zur Praxis, und der über Beides verbreiteten Meinungen angesehen werden. In dieser Beziehung erregt denn vorzugsweise unsere Aufmerksamkeit der **Codex Maximilianeus Bavaricus civilis** von 1756. Er hat mehr wie alle vorhandenen Gesetzbücher die Gestalt eines Lehrbuchs der Rechtswissenschaft; wir finden hier die üblichen Definitionen, Eintheilungen, ausdrückliche Erwähnung solcher Begriffe und Lehren des gemeinen Rechts, die keine Giltigkeit mehr haben, kurz alles das, was in den Lehrbüchern des gemeinen Rechts, die besonders auf den **usum modernum** Rücksicht nehmen, nicht zu fehlen pflegt, und auch in der äusseren Form des Vortrags schließt es sich diesen an. Aber es konnte dabei schon auf eine reiche Erfahrung gefußt werden, und auf eine Masse wissenschaftlicher Erörterungen, die ebenfalls belebt waren durch das Interesse, welches die Bearbeitung der Rechtsquellen in ihrer unmittelbaren Beziehung auf die Praxis gewährt. Und mit welcher Gewissenhaftigkeit man dies Alles erwogen, beweisen die Anmerkungen über den **Cod. Maximil. Bav.** von dem Verfasser desselben, dem Kanzler von Kreittmayr; in zweifelhaften Fällen ist allemal die „**communior sententia**" vorgezogen, und die Sorgfalt, welche darauf verwandt wurde, diese zu ermitteln, ergeben die Anmerkungen auf jeder Blattseite.

Viel früher schon erschien im Norden Deutschlands ein Gesetzbuch, welches besonders im Erbrecht so sehr Vieles aus dem römischen Rechte entlehnte, Manches näher bestimmte, oder auch das früher gegoltene Recht ausdrücklich anerkannte, oder aber für nicht geltend erklärte, daß es im Ganzen für uns die Bedeutung späterer Redactionen anderer Particularrechte erhält. Es

ist dies das neue ostfriesische Landrecht von 1515[41]). Nur Einzelnes deutet auf die germanische Stammwurzel dieses Rechtes hin[42]). Auch erinnert nicht blos der

41) Das Ostfriesische Landrecht, nebst dem Deich- und Syhlrechte, mit verschiedenen der ältesten Handschriften zusammengehalten und — — erläutert (Von Melch. von Wicht). Aurich 1746. 4. — Auch hier finden sich Schuldefinitionen (z. B. von Testament, Buch II. Cap. 202), und wie genau sich der Verf. an röm. Recht anschließt, beweist unter anderen die Aufzählung der Enterbungsursachen (B. II. Cap. 44 u. 45), der Bedingungen einer gehörigen Enterbung (Cap. 47), so wie die Ausschliessung der Mutter von der Erbschaft ihrer Kinder, wenn sie ihnen nicht binnen Jahresfrist Vormünder erbittet (B. II. Cap. 223). Andere Beweise werden unten vorkommen.

42) Dahin gehört namentlich der Grundsatz: alles Erbgut fällt wieder dahin, wovon es hergekommen ist (Cap. 112 fgg. u. an anderen Stellen), die Beschränkung der Veräusserung von Immobilien (z. B. Cap. 254), die Berücksichtigung voller Kraft und Gesundheit für die Giltigkeit von Testamenten und anderen Vergabungen (z. B. Cap. 173. 174. 196. 197). Merkwürdig ist hierbei die Interpretation der Bestimmung in einem früheren Landrecht: der Mann, welcher auf seinem Krankenbette liege, möge ohne der Erben Willen denen Heiligen und denen Herren nicht mehr vermachen als eine englische Mark. Dies sey von Herren und Kirchen zu verstehen; einem Weltlichen dürfe man mehr geben (Cap. 173, womit aber freilich die Verfügung in Cap. 197 nicht ganz übereinstimmt). So hatte sich denn also das Blatt gewendet, indem früher hauptsächlich zu Gunsten der Kirchen Ausnahmen von den Dispositions-Beschränkungen zugelassen wurden.

Mangel einer guten Anordnung[43]) mitunter sehr stark an die frühe Entstehungszeit, sondern es fehlt auch nicht an Unbestimmtheiten und selbst an Widersprüchen, so daß dies Gesetzbuch für die Sachkenntniß und umsichtige Erwägung seines Urhebers keineswegs ein so vortheilhaftes Zeugniß enthält, wie der Bayersche Codex.

Von den Statuten des nördlichen Deutschlands richten wir begreiflich vorzugsweise unseren Blick auf das Lübsche Recht. Indessen zu einer Vergleichung, wie wir sie hier bezwecken, bietet es uns unmittelbar fast gar keinen Stoff; nur seiner sonstigen Wichtigkeit wegen werden wir weiter unten auf dies Recht besonders zurückkommen. Ganz ausscheiden von dieser Vergleichung müssen wir aber diejenigen Particularrechte und Statuten, welche entweder von römischen Testamenten und Notherbenrechten gar nichts wissen, wenn sie gleich in die Periode fallen, wo die Giltigkeit des römischen Rechts für Deutschland im Ganzen schon anerkannt war[44]); oder

43) Freilich ist die ursprüngliche Ordnung dieses Gesetzbuchs noch keineswegs mit hinreichender Gewißheit vermittelt. S. Wicht in dem Vorbericht §. 54—57. S. 196 fgg.

44) Hieher würde vor allen das alte Culmer Recht (Thorn 1584) gehören. Indessen fällt seine Redaction schon in das Jahr 1394, und ausserdem liegt ihm das noch viel ältere Magdeburger Recht zu Grunde (S. Gaupp das alte Magdeburgische und Hallische Recht, Bresl. 1826. S. 122 fgg. Not. 2). Auch die Statuten von Verden (bei Pufendorf observ. jur. univ. T. I. app. S. 77 fgg.) verrathen nicht einmal durch einen Ausdruck irgend eine Bekanntschaft mit römischem Recht. Gleich wenige Bedeutung für unseren Zweck haben aber auch diejenigen Statuten, welche zwar Testamente als einseitige letztwillige Verfügungen kennen, im Uebrigen aber von

doch nur ganz im Allgemeinen, mit oder ohne Beziehung auf römisches Recht, davon sprechen[45]). Was endlich die verglichenen Gesetzgebungen selbst anbetrifft, so war äussere Vollständigkeit dabei weder beabsichtigt, noch auch nöthig, um zu einem festen Resultat über die Frage zu gelangen: wie sich das römische Notherbenrecht in Deutschland, da wo es überhaupt anerkannt wurde, practisch gestaltete? Aus diesem Grunde durfte denn auch keine besondere Rücksicht auf die Modificationen genommen werden, welche der hier und da noch geltende Unterschied zwischen ererbtem und erworbenem Gute, so wie die über einen so großen Theil von Deutschland verbreitete eheliche Gütergemeinschaft nothwendig herbeiführt. Es genügt zu wissen, daß sich daneben auch römisches Notherbenrecht geltend machte; das Resultat ist mithin im Ganzen immer dasselbe, alles Uebrige aber muß dem Studium der besonderen Rechte überlassen werden.

1) Pflichttheilsberechtigte Personen sind Descenden-

den altgermanischen Grundsätzen sich nicht entfernen, folglich auch von einem römischen Notherbenrechte nichts wissen. So die Cöllner Statuten von 1437 (Art. 2 fgg.), die Reformation des alten Landes v. 1517 (bei Pufendorf T. IV. app. p. 42), das Landrecht von Hadeln v. 1581 (bei Pufendorf P. I. app. p. 3 fgg.) Th. III. Tit. 7 fgg., das Landrecht von Hoya v. 1581 (Pufend. T. III. app. p. 3 fgg.) Art. 2 fgg., die Offenburger Statuten (Walch Beiträge z. d. deutschen Recht III. S. 112 fgg.), das Wurster Landrecht v. 1661 (Pufend. T. I. app. p. 60 fgg.) Art. 15. 16 u. a. m.

45) Z. B. die Saalfeldschen Statuten von 1558. Art. 20 u. 21. (in C. F. Walch Beiträge zu dem deutschen Recht I. S. 164 fg. u. 168), die Ratzeburger Reformation v. 1582 (bei Pufendorf T. IV. app. p. 234 fg.).

ten und Ascendenten[46]), ersteren ist bisweilen ihr Pflichttheilsrecht auch nach der Abschichtung an dem Vermögen der abtheilenden Ascendenten ausdrücklich vorbehalten[47]).

46) Dies ist allenthalben anerkannt. Dabei fehlen denn auch selten die vierzehn Enterbungsursachen für Descendenten und die acht für Ascendenten. Bisweilen ist dies so sehr für die Hauptsache gehalten, daß alles Uebrige, z. B. die Wirkung der Präterition oder mangelhaften Ausschliessung, unbestimmt geblieben ist. Braunschweigsches Stadtr. v. 1532 (bei PUFENDORF T. IV. p. 114 fgg. im app.) u. Baselsches Stadtr. v. 1719. Th. III. Tit. 13 fg.

47) Die Ausdrücke: abgetheilte oder abgeschichtete Kinder haben an sich etwas Unbestimmtes, und die Particularrechte erklären sich nie bestimmt über die Bedeutung dieser und ähnlicher Ausdrücke, oder sie bedienen sich ihrer auch gar nicht, was wohl am besten ist, falls es nur an einer hinreichend genauen materiellen Bestimmung über die Sache nicht fehlt. So heißt es in dem Würtemb. Landr. von 1567. Th. III. p. 289: Kinder sollen kein Pflichttheilsrecht haben, wenn sie für die väterliche und mütterliche Erbschaft, „und also zu reden auch ihr hierinn geordnete legitimam" abgefunden sind, wogegen sie ihr Notherbenrecht behalten, wenn sie nur den ihnen gebührenden Theil von ihrem väterlichen oder mütterlichen Vermögen erhalten haben (In der Revision des Landrechts v. J. 1609 fehlt diese Disposition). Dies ist denn auch allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß. (S. Mittermaier Grunds. §. 355 zu Note 11. Maurenbrecher Lehrb. §. 500. Vgl. auch unten Note 94). Es findet sich aber auch bei den Schriftstellern über deutsches Privatrecht leider sehr wenig Uebereinstimmung in Ansehung des Gebrauchs und der Bedeutung der hier einschlagenden Ausdrücke. (M. s. z. B. die verschiedenen Erklärungen des Ausdrucks: einen Ausspruch thun; worunter man übrigens — nach einer von mir als

Das römische Pflichttheilsrecht der Geschwister ist bald bestimmt anerkannt [48]), bald verworfen [49]), bald werden

mehrjährigem Mitgliede des Waisengerichts in Rostock vielfältig gemachten Erfahrung — die Erklärung eines überlebenden Ehegatten zu verstehen pflegt, vermittelst welcher derselbe einem, oder mehreren, oder allen Kindern, statt wirklicher Theilung gewisse Sachen, Summen oder Quoten zusichert, und sich als deren Schuldner bekennt, gewöhnlich ohne daß die also Abgefundenen ihr Erbrecht an dem Vermögen des Aussprechenden verlieren. Das Lübsche Recht Art. 33. Tit. II. Lib. II. scheint zwar diesen Ausdruck auf eigentliche Absonderung zu beziehen. Doch kommt es da, wo Lübsches Recht gilt, zunächst immer auf den Inhalt der Erklärung an, und sicherlich wird aus dem Gebrauch des Ausdrucks allein nie auf wirkliche Absonderung geschlossen werden dürfen, vielmehr gerade umgekehrt im Zweifel allemal anzunehmen seyn, daß Kinder nicht separirt, sondern blos in Beziehung auf das Vermögen des vorverstorbenen parens abgefunden seyn sollen). Selbst der Ausdruck Absonderung oder abgesonderte Kinder scheint Einigen noch nicht deutlich genug, weshalb man denn auf den Unterschied zwischen separatio simplex und qualificata gekommen ist. (S. Maurenbrecher Lehrb. §. 499 u. §. 500. S. 638 u. 640). Daher giebt es leicht zu Streitigkeiten Veranlassung, wenn ein Particularrecht ohne nähere Erklärung sich so ausdrückt, wie es z. B. in dem Rostocker Stadtr. v. 1757 Th. II. Tit. 1. §. 29 geschehen ist, wo es heißt: „Denen abgesonderten Kindern stehet kein Pflichttheil zu, es wäre denn, daß keine unabgesonderte vorhanden, da ihnen sodann der Pflichttheil gebühren soll."

48) Das Ostfriesische Landrecht (Bd. II. Cap. 148.) enthält dabei eine genauere Bestimmung über die turpis persona, „sofern der Bruder sein Gut — — — erblich

Geschwister nur mit Stillschweigen übergangen[50]). Welche verläßt einem berüchtigten ehrlosen Menschen, als etwan seiner Concubinen, gemeinen Huren, oder einem Kinde, das von Personen gezeuget ist, die sich nicht heirathen mögten, — — — oder verbannten Leuten, Spitzbuben, Ehebrechern, und die so ein schändlich Leben führen." — Auch giebt dies Recht drei Gründe an, aus welchen Geschwister einander enterben können, ebendas. Cap. 149. (Es sind die in Nov. 22. c. 47 pr. genannten. S. oben Bd. 37. §. 1425 d. S. 382 a. E. fgg.). Dasselbe geschieht in dem revidirten Stadtr. der freien Reichsst. Wimpfen v. J. 1775. Bd. I. Th. IV. Tit. 6. §. 4 (bei Wilh. v. d. Nahmer die Landrechte des Ober- und Mittelrheins Bd. II. Frf. 1831. S. 1181). In dem Cod. Maximil. Bavaric. wird so genau, wie nur irgend in einem neueren Compendium seit Heises Dissertation de successorib. necessariis, zwischen eigentlichen Notherben unterschieden, „welche entweder rechtmäßig enterbt, oder wenigst in der Nothgebührniß als Erb instituirt werden müssen," und bloßen Pflichttheilsberechtigten, wohin Brüder und Schwestern gehören; Th. III. Cap. 3. §. 14 u. §. 18 a. E. Auch hier fehlen die drei Enterbungsursachen nicht; s. darüber Kreittmayr zu dem §. 18. Nr. 11. S. 1053. — Anerkannt ist das Notherbenrecht der Geschwister auch in dem Hamburger Stadtrecht v. 1603. Th. III. Tit. 1. Art. 34, vorausgesetzt, „daß eine unehrliche Person zum Erben eingesetzt ist;" ferner in dem Nassau-Catzenellenbogenschen Landr. v. 1616. Th. III. Cap. 4. Art. 11. (bei v. d. Nahmer Bd. I. S. 221). Bisweilen ist es ganz unbestimmt gelassen, welche Geschwister gemeint seien, bisweilen das Pflichttheilsrecht ausdrücklich auf vollbürtige Geschwister beschränkt. S. das zuletzt angeführte Landr.

49) Z. B. Nürnberger Reformation v. 1564. Tit. XXIX. Art. 8. (Bl. 184 a.) Frankf. Reform. v. 1578 Th. IV. Tit. 3. Art. 10. — Königl. Sächs. Mandat v. J. 1829,

Wirkung Letzteres habe? darüber sind denn die Juristen nicht einig. Soll die Sache nach richtigen allgemeinen Prinzipien bestimmt werden, so ist zu unterscheiden, ob das besondere Recht als rein correctorisches Gesetz, oder als ein selbstständiges erscheint. Die letztere Eigenschaft wird, wie ich glaube, dadurch auch keineswegs aufgehoben, daß die Particulargesetzgebung ihren Stoff aus dem gemeinen Rechte entlehnt, oder auch denselben Stoff wie dieses behandelt. Enthält sie nicht bloße Ergänzungen und Modificationen des gemeinen Rechts, oder Verweisungen auf dasselbe, so ist sie eben so wie dieses auszulegen und anzuwenden; das gemeine Recht kommt mithin nur noch für die Fälle zur Anwendung, wofür sich aus dem Particularrechte gar keine, oder keine bestimmten Entscheidungsnormen hernehmen lassen. Machen wir davon eine Anwendung auf den hier zur Frage stehenden Gegenstand, so müßte man sagen: findet sich in einem Particularrecht, das sich nicht als blos correctorisches Recht ankündigt, auch wegen der unbestimmt gelassenen Puncte nicht etwa auf das gemeine Recht verweist, eine Normirung des Notherbenrechts, so ist anzunehmen, daß diese vollständig seyn solle, woraus denn von selbst folgt, daß als Notherbe nicht betrachtet werden könne, wer als solcher nicht genannt ist. Indessen ist nicht zu läugnen, daß dies mit der gewöhnlichen Ansicht über das Verhältniß der deutschen Particular-Gesetzgebung zum gemeinen Recht keineswegs übereinstimmt[51]).

die Grundsätze der gesetzlichen Allodial-Erbfolge und mehrere Bestimmungen über einige damit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse enthaltend, §. 64.

50) Es ist dies der gewöhnliche Fall.

51) S. z. B. Mittermaier, Grundsätze §. 38. Nr. 1.

Gieng man doch zu der Zeit, wo der Einfluß des römischen Rechts in Deutschland einmal überwiegend geworden war, soweit, daß man bei der Anwendung der Particularrechte diesen ganz fremde Bestimmungen des römischen Rechts als sich von selbst verstehend voraussetzte, und so Verwickelungen und Schwierigkeiten erschuf, welche bei reiner Anwendung der particulären Gesetzgebung nie eintreten konnten[52]). Daher pflegt man denn auch den im Particularrechte nicht erwähnten Geschwistern gemeinhin ein Notherbenrecht in dem Maaße zuzugestehen, wie das gemeine Recht es ihnen giebt[53]).

Auf gewisse Weise wird auch wohl den Seitenverwandten der entfernteren Grade noch ein Pflichttheilsrecht beigelegt, so nämlich, daß ihnen ein bestimmter Theil der Erbgüter hinterlassen werden muß, wenn nicht gewisse gesetzlich gebilligte Gründe eine Entziehung desselben rechtfertigen[54]). In ähnlicher Art verhält es

52) S. unten den Text zu Note 97 fgg.

53) S. Ludw. Friedr. Griesinger Commentar über das Würtembergische Landrecht Bd. VI. S. 411 fgg. §. 96.

54) Freiburger Stadtr. von 1520 Th. III. Tit. 5. Art. 8 (Bl. 65 b.). Von Enterbung solcher Collateralen ist aber hier nicht die Rede, sondern es sind andere Gründe genannt, die eine Ausschliessung derselben rechtfertigen sollen; z. B. man vergiebt die Güter an den, welchem man zur Dankbarkeit verpflichtet ist. Dagegen ist in dem Buttjadinger Landr. v. 1664 Art. 34. 35 bestimmt, daß die nächsten Erben (bis zum vierten Grade canonischer Computation incl.) durch förmliche Enterbung von den Stamm- oder Erbgütern ausgeschlossen werden müßten (bei Pufendorf obs. jur. univ. T. IV. app. p. 609 a. E. fg.). Man sieht übrigens leicht, daß dies Notherbenrecht, so wie das gleich zu erwähnende der

sich mit dem in manchen Statuten den Ehegatten eingeräumten Pflichttheilsrecht, wobei denn bestimmte Gründe angegeben zu seyn pflegen, aus welchen dasselbe ausgeschlossen werden kann[55]). Doch schadet Präterition dem Rechtsbestande des Testaments in der Regel nicht, sondern der präterirte Ehegatte fordert den ihm gebührenden Theil als Schuld von dem Erben[56]). Man sieht, wie

Ehegatten, viel eher den Character einer Einschränkung des Erbrechts dieser Notherben, als der Dispositionsfreiheit des Erblassers hat.

55) Würtemb. Landr. v. 1567. Th. III. p. 263. a. E. fg. v. 1609. Th. III. Tit. 19. (Griesinger im Comment. hiezu Bd. VI. S. 458 fg. behauptet, jedoch ohne allen Grund, daß schon nach röm. Recht eine Enterbung des Ehegatten habe Statt finden können). Badisches Landr. v. 1622 u. von 1710. Th. V. Tit. 19. — Preuß. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 631—633. — Königl. Sächs. Mandat v. J. 1829. §. 84—89. (In dem §. 86. ist bestimmt: „die Enterbung eines Ehegatten ist nur gültig, sofern sie unter ausdrücklicher Angabe der Ursache dazu, und mit Beobachtung derjenigen äusserlichen Feierlichkeiten geschieht, welche zur Errichtung eines gerichtlichen, oder eines feierlichen Privattestaments erfordert werden").

56) Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 16. §. 2. und dazu Griesinger a. a. O. S. 418 fg. §. 98. — In anderen Particularrechten fehlt es hierüber meistens freilich an ausdrücklicher Bestimmung; doch ergiebt sich das obige Resultat daraus, daß die Ungiltigkeit eines Testaments wegen Präterition der Notherben nur bei Descendenten und Ascendenten ausgesprochen ist. In den (übrigens durchgehends sehr schlecht abgefaßten und von dürftiger Rechtskenntniß ihres Urhebers zeugenden) Frankenhäuser Statuten vom J. 1558. Th. III. Art. 8. ist dagegen bestimmt, daß ein Testament auch wegen Präterition oder unbilliger Enterbung der Ehegattin „von Unwürden" seyn solle.

sich hier römisches und germanisches Recht mit einander vermischte; offenbar nicht zum Vortheile der Ehegatten, der doch hier wohl beabsichtigt wurde. Denn die Particularrechte stellen dies Recht als Einschränkung der regelmäßigen Freiheit zu testiren dar. Dafür könnte es auch gelten, wenn dies Erbrecht der Ehegatten durch jene Rechte erst eingeführt worden wäre; da das aber keinesweges der Fall ist, so erscheint es in der That als eine Beschränkung ihres gesetzlichen Erbrechts.

2) Was die Art anbetrifft, wie die Notherben zu berücksichtigen sind, so ist bisweilen blos im Allgemeinen vorgeschrieben, daß sie nicht ohne Anführung von Gründen ausgeschlossen werden dürfen[57]), häufiger aber förmliche Einsetzung oder Enterbung der Notherben erfordert,

57) Hierbei darf denn aber wohl als Regel angenommen werden, daß die Bestimmungen des gemeinen Rechts nicht ausgeschlossen seien, indem dadurch, daß die Rechte eines gemeinrechtlichen Notherben überhaupt anerkannt sind, für alles unbestimmt Gelassene das röm. Recht von selbst in Kraft tritt. (Ein Anderes ist, wenn das Statut ausdrücklich bestimmt, daß der Mangel einer Erbeseinsetzung das Testament nicht ungiltig mache, und Notherben sich nicht beschweren dürfen, wenn ihnen die legitima hinterlassen worden, wie dies bisweilen, namentlich im Hamb. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 22. 23. geschehen ist; noch bestimmter im Mainzer Landr. von 1755. Tit. IX. §. 10. bei v. d. Nahmer Bd. II. S. 214). Umgekehrt ist aber auch vorauszusetzen, daß, wenn ein Particularrecht von förmlicher Einsetzung oder Enterbung eines Notherben spricht, ohne dies ausdrücklich auf Geschwister zu beziehen, für diese auch in formeller Hinsicht das röm. Recht zur Anwendung komme, also weder förmliche Einsetzung noch Enterbung derselben nöthig ist. Nur muß, wenn

bald ohne die einzelnen Arten derselben zu unterscheiden — in welchem Falle aber doch blos Descendenten und Ascendenten gemeint sind — bald nur der Descendenten. Dabei findet sich denn mehr oder weniger buchstäbliches Anschliessen an das römische Recht. Absichtlich davon abzuweichen, fiel hier wohl schwerlich irgend Jemandem ein; man suchte nur dessen Inhalt darzustellen, wie man ihn eben aufgefaßt hatte, oder verstand. Daher treffen wir denn fast alle möglichen Meinungen an über die Art und Weise, wie Notherben formell zu berücksichtigen sind. Es mögen hier nur folgende Einzelheiten erwähnt werden: a) Es ist förmliche Einsetzung der Notherben vorgeschrieben [58]; sind nur Descendenten genannt [59], aber nicht

das Gesetz bestimmte Enterbungsursachen für Geschwister nennt, eine derselben angeführt und erweislich gemacht werden.

58) Dies ist sehr gewöhnlich der Fall. Beispielsweise s. m. Solmsches Landr. 1571. Th. II. Tit. 23. §. 15. (In dem Abdruck bei von der Nahmer, Handb. I. ist die in mehreren Ausg. sich findende sehr zweckmäßige Eintheilung der Titel in §§. weggelassen); Frankf. Reform. v. 1578. Th. IV. Tit. 3. Art. 3. Nassau-Catzenellenbogensches Landr. v. 1616. Th. III. Cap. 4. Art. 7. (bei v. d. Nahmer Bd. I. S. 220). Lüneburgsche Reform. v. 1679. Th. IV. Tit. 3.) (Pufend. P. IV. app. p. 218 sq.). Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 14. (In dem Baierschen Landr. v. 1616. Tit. XXXV. Art. 1. ist nur von nothwendiger Einsetzung der Descendenten die Rede). Wimpfner Stadtr. Th. IV. Tit. 4. §. 2. — S. auch die folg. so wie die 65ste Note.

59) Z. B. Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 14. §. 1. — Vgl. mit Tit. 15. §. 1. Wie dennoch Griesinger (Commentar. Bd. VI. S. 406. §. 94.) behaupten kann, daß die

gerade ausschließlich, so erfordert doch die Consequenz, dies auch auf die Ascendenten zu beziehen [60]). b) Die Art der Enterbung ist bisweilen ganz formell nach den Regeln des römischen Pandektenrechts bestimmt, — die Enterbung soll in einem giltigen Testamente, namentlich, ohne Bedingung, von der ganzen Erbschaft erfolgen u. s. w. [61]), — und zwar ist auch hier wieder bald von allen Notherben die Rede [62]), bald blos von Descendenten [63]). c) Gewöhnlich wird auch erfordert, daß der Pflichttheil selbst (die Nothgebührniß, auch wohl der natürliche Theil genannt [64])) titulo heredis institutionis hinterlassen werde [65]); allgemein ist aber die Justinianische Vorschrift über die Ergänzung des nur unvollständig

Kinder ihre Eltern sogar im Pflichttheile zu Erben einsetzen müssen und dadurch sich das Würtemb. von dem gemeinen, welches diese Form nicht kenne, unterscheide, sehe ich nicht ein.

60) S. Bd. 37. S. 189 fg. und oben die Note 57.

61) Ostfriesisches Landr. Bd. II. Cap. 47. Cod. Maximil. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 16. — Wimpfener Stadtr. Th. IV. Tit. 6. §. 6. Daß eine Enterbungsursache angeführt und erwiesen werde, ist allenthalben bestimmt; z. B. Hamb. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 30 u. 33. Lüneb. Stadtr. Th. IV. Tit. 3. §. 1. u. s. w.

62) S. den baierischen Codex an der so eben angef. Stelle.

63) S. das Ostfriesische Landr. B. II. Cap. 47. — Ueber das gemeine Recht s. Bd. 37. S. 190 fgg.

64) Z. B. im Braunschw. Stadtr. v. 1532. (Pufendorf P. IV. app. p. 113. a. E.)

65) S. z. B. Freiburger Stadtr. v. 1520. Th. III. Tit. 5. Bl. 70 b. a. E. Nassauisches Landr. Th. III. Cap. 4. Art. 8. Pfälzisches Landr. v. 1698. Th. III. Tit. 12.

hinterlassenen Pflichttheils anerkannt [66]), und auch das Recht der Verletzung des Pflichttheils durch eine dos oder donatio inofficiosa findet sich so bestimmt, wie im römischen Rechte [67]).

3) Eine contra tabulas bonorum possessio ist nirgends erwähnt, aber wohl angeführt, daß die Erbrechtverleihende Bonorum possessio überhaupt abgeschafft seyn solle [68]). Man kann aber auch sonst folgen-

Art. 3. (bei von d. Nahmer Bd. I. S. 506). Badisches Landr. Th. V. Tit. 14, §. 2. Cod. Max. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 15. Nr. 6. u. a. — Nach gemeinem Recht ist, der richtigeren Ansicht zufolge, es nicht gerade erforderlich, daß der Pflichttheil titulo heredis institutionis hinterlassen werde. S. oben Bd. 35. §. 1421 d. u. S. 315—323. u. Bd. 37. S. 190.

66) Es ist dies in allen vorhin angeführten Landrechten und Statuten der Fall, worin eine irgend genaue Bestimmung des Notherbenrechts sich findet. Abgeschafft ist es nirgends.

67) Es kann hier die Schluß-Bemerkung der vorigen Note wiederholt werden, nur daß von donatio und dos inofficiosa nicht so häufig die Rede ist, als von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils.

68) Im Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 1. §. 2. heißt es: „Soviel die sogenannte hereditatem praetoriam oder bonorum possessionem — belangt, ist solche heut zu Tage nicht mehr im Gebrauch, ausgenommen die in §. seq. 12 et 13 benannten — Fälle"; diese Fälle sind aber die nur schützenden bonorum possessiones ventris nomine und ex Carboniano edicto. Zu der Aeusserung über den Nichtgebrauch der Erbrecht gebenden B. P. macht Kreitmayr (Anmerk. Th. III. S. 841. Nr. 2.) folgende Bemerkung: „die Praetores — ertheilten statt der Hereditåt die s. g. bon. possessionem, welches jedoch nur ein bloßes Spiegelgefecht war. — Es hat

den Satz als Regel anerkannt betrachten: Mögen Descendenten oder Ascendenten ganz präterirt, oder nicht in der gehörigen Form ausgeschlossen seyn, oder mag die angeführte Enterbungsursache nur nicht erwiesen werden können, in allen diesen Fällen tritt die Vorschrift von Nov. 115. ein, also das Testament wird blos hinsichtlich der Erbeneinsetzung kraftlos [69]). Denn wenn es auch ganz allgemein heißt: ein solches Testament solle nichtig, kraftlos oder von Unwürden seyn, so ist doch meistens entweder die Bedeutung dieses Ausdruckes näher dahin

diese prätorische Erbschaft ihren Sitz hauptsächlich in Inst. Lib. 3. Tit. 10. u. s. w., und giebt den Schulleuten viel zu schaffen, weil sie sehr schwer zu verstehen ist." Was hiernächst Kreitmayr über die Unnöthigkeit der B. P. im neueren Rechte sagt, indem die einzelnen Anwendungen derselben entweder abgeschafft, oder in anderen Successionsgründen bereits enthalten seien, stimmt mit meiner oben (Bd. 37. S. 356—366. Nr. 3 u. 4.) ausgeführten Ansicht völlig überein.

69) Freiburger Stadtr. Th. III. Tit. 5. Bl. 70 b. a. E. Nürnberger Reform. v. 1564. Tit. XXIX. Art. 3. (Bl. 178 b). Solmsches Landr. Th. II. Tit. 23. §. 15. a. E. Frankfurter Reformation Th. IV. Tit. 3. §. 4. Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 1. §. 26. Würtemb. Landr. v. 1609. Tit. 14. §. 2. Tit. 20. §. 9. (vgl. die Note 71). Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 17. Bl. 128 b. u. v. 1710. Th. V. Tit. 17. §. 16. (vgl. Note 71). Lüneburger Stadtr. Th. IV. Tit. 3. (bei Pufendorf P. IV. app. p. 719). Pfälz. Landr. v. 1698. Th. III. Tit. 14. Art. 7. (bei von der Nahmer Bd. I. S. 510. — Vgl. auch Note 71). Cod. Max. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 24. — Auch das Sächsische Recht stimmt hiermit überein. S. Haubold Lehrb. des Königl. Sächs. Privatrechts §. 341. Nr. 3 u. 4.

erklärt: soviel die Erbeinsetzung anbetrifft [70]), oder wenn auch jene Ausdrücke unbestimmt gelassen sind, so ergiebt sich doch häufig aus andern Aeusserungen, daß nur dies gemeint sey [71]). Ferner deuten die Aus-

70) Man darf annehmen, daß in den meisten Particularrechten solche Ausdrücke gebraucht sind, welche auf absolute Nichtigkeit schliessen lassen; was aber hierunter zu verstehen sei, wird gewöhnlich unmittelbar darauf erklärt.

71) So heißt es z. B. in dem alten Würtemb. Landr. v. 1567 Th. III. S. 288: wenn Eltern ihre Kinder präteriren oder ohne rechtmäßige Ursache ausschliessen würden, so solle das Testament „kein Kraft noch Bestand haben, sondern hiemit von Unwürden seyn." Damit stimmt denn auch eine Aeusserung in dem Titel: „wie und aus was Ursachen aufgerichte Testamente unkräftig werden" (S. 301.) buchstäblich überein. Dagegen wird hinter der Aufzählung der Enterbungsursachen für Descendenten gesagt: wenn die Enterbungsursache nicht als wahr erfunden werde, so solle die Erbeinsetzung wegfallen, das Uebrige aber bei Kräften bleiben (S. 296). Hiedurch ist denn die allgemeine Bestimmung in Ansehung der ohne rechtmäßige Ursachen ausgeschlossenen Kinder ganz ausser Zweifel beschränkt. Ist es nun an sich schon im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber hier nur die theilweise Beschränkung eines vorher und nachher aufgestellten allgemeinen Satzes bezweckte, so lassen sich auch aus der Art, wie die Verfasser der besonderen Rechte ihre Quelle häufig zu benutzen pflegten, Gründe für das Gegentheil hernehmen. Der Darstellung der Enterbungsursachen liegt die Nov. 115. zu Grunde; jene allgemeinen Sätze sind aus früher gegoltenen Stellen des röm. Rechts entlehnt. Widersprüche wollte man natürlich nicht sanctioniren, wohl aber ist anzunehmen, daß man das Recht der Nov. 115. für das practische hielt. Hierauf gestützt,

drücke meistens auf Anerkennung des Nullitätssystems darf man gewiß davon ausgehen, daß im Zweifel allemal der Nov. 115. nachgegangen werden müsse, mithin allgemeine und unbestimmte Ausdrücke darnach zu interpretiren seien. Daß dies aber auch die Absicht des Würtembergischen Gesetzgebers gewesen sei, erhält eine sehr erhebliche Unterstützung durch die bestimmtere Fassung der allgemeinen Sätze in dem neueren Landr. von 1609. Tit. 14. §. 2. Tit. 20. §. 9, wo ausdrücklich bemerkt ist, daß das Unkräftigwerden des Testaments blos von der Erbeseinsetzung zu verstehen sei. Auf ähnliche Art ist denn auch das Badische Landrecht Th. V. Tit. 14. §. 2, im Zusammenhalt mit Tit. 17. §. 16. auszulegen, ferner das Pfälzische Landrecht, woselbst es Th. III. Tit. 12. §. 2. heißt, daß kein Testament, worin Kinder ohne rechtmäßige Ursachen ganz übergangen oder enterbt wären, „nach Maß und Ordnung der gemeinen Rechte von Unkräften seyn sollen," Tit. 14. aber, wo von den Enterbungsursachen gehandelt wird, gesagt wird: „was ausserhalb der Erbsetzung und Enterbung in solchem Testament, von Legaten und anders verschafft ist, bleibt in seinen Kräften, und soll von den Erben ab intestato geleistet werden. (S. auch unten Note 73). — Jedoch fehlt es auch nicht an Ausnahmen, d. h. an solchen Bestimmungen in den Particularrechten, wonach eine Verletzung der Notherbenrechte nicht schlechthin nach der Nov. 115. zu entscheiden ist. So heißt es in dem Ostfriesischen Landr. Buch II. Cap. 58: „wenn ein Vater seinem Kinde nichts gegeben, sondern ohne billige Ursachen enterbt habe, so mag das Kind vor Gericht klagen, und sollen alsdann die übrigen Kinder ihr empfangenes Gut wiederum einbringen und ihres Vaters Gut gleichlich theilen." (Nach Cap. 49. soll, wenn die Mutter auf das Ganze eingesetzt ist, das Kind gegen dieselbe nur seine Legitima einklagen). Völlige Präterition zieht absolute Nichtigkeit nach sich (Cap. 45. a. E.). Nach dem Nassauischen Land-

hin [70]); es ist aber auch wohl das Inofficiositäts-System anerkannt, namentlich durch Beschränkung der Dauer der

recht ist das Testament vollständig null und nichtig, so bst das Notherbenrecht auf irgend eine Art verletzt wird; (Th. III. Tit. 4. Art. 6. und Tit. 9. Nr. 4. bei v. d. Nahmer Th. I. S. 520. 530.), und nur die Beschränkung ist auch hier anerkannt, daß wegen unvollständig hinterlassener Legitima blos eine condictio ad supplendam legitimam Statt finde (Tit. 4. Art. 9.). Die Novelle 115. ist hier also, ausser soviel die Enterbungsursachen anbetrifft, gar nicht berücksichtigt. Auch das Mainzer Landrecht läßt sowohl wegen Präterition, als auch wegen mangelhafter Enterbung und unerweislicher Enterbungsursachen Vernichtung aller Bestimmungen des Testaments eintreten (Tit. IX. §. 4. und Tit. XIII. §. 8. 9; bei v. d. Nahmer Th. II. S. 712 u. 720), und wesentlich damit übereinstimmend ist die Wormser Reformation von 1498. Buch IV. Theil III. Tit. 3 u. 4. Das Wimpfener Stadtrecht unterscheidet: ob der Notherbe gänzlich präterirt, oder ohne Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache ausgeschlossen, oder die Enterbungsursache nicht als eine rechtmäßige, das soll heissen als wahr, erfunden wird. In den beiden ersten Fällen ist das ganze Testament ipso jure null und nichtig, in dem dritten kann es mit der querela inofficiosi testamenti angefochten werden, wobei die Ursache aber von dem eingesetzten Erben zu erweisen ist, die Durchsetzung der Querel aber das Testament blos quoad heredis institutionem vernichtet. (Vgl. Bd. 37. S. 290).

72) Die gewöhnlichen Ausdrücke sind: das Testament soll unkräftig, von Unwürden, machtlos, null und nichtig seyn. Auch ist wohl geradezu die Wirkung ausgedrückt; so z. B. im Lüneburger Stadtr. Th. IV. Tit. 3., wo es heißt: „denn sonsten ist das Testament, so viel die Einsetzung der Erben betrifft, unkräftig, und fällt die Erbschaft an des Verstorbenen Blutsfreunde, die

Anfechtungsklage auf fünf Jahre, so wie durch die Bestimmung, daß die Klage ohne Vorbereitung auf andere Erben, als auf die Descendenten eines pflichtwidrig ausgeschlossenen Descendenten nicht übergehe[73]). Das bayersche Recht läßt nach Verschiedenheit der Fälle bald die Nullitätsquerel, bald die querela inofficiosi testa-

sich von Rechtswegen am nächsten darzu ziehen." (Vgl. Bd. 37. S. 274 fgg.) Die Bestimmung der Nürnberger Reformation: „so mögen die enterbte oder umbgangene Kinder dasselbe Testament anfechten und widertreiben" (Tit. XXIX. Bl. 178 b.) ist so zweideutig, wie der in der Nov. 115. vorkommende Ausdruck: testamento evacuato, oder rescisso testamento, folglich auf ähnliche Art zu interpretiren. (Bd. 37. S. 241 fgg.).

73) Ostfriesisches Landr. B. II. Cap. 52—54. — S. auch Mainzer Landr. Tit. XII. §. 15. — Das Wimpfener Stadtr. erkennt neben der Nullität auch noch die Inofficiosität an (s. die Note 71. am Schluß). Bemerkenswerth ist die Bestimmung des Pfälzischen Landrechts, welches wegen Präterition und mangelhafter Enterbung Nullität eintreten läßt, dem Sohne aber ausserdem die querela inofficiosi testamenti gestattet, wenn ihm zwar die Legitima auf gehörige Art hinterlassen, allein in dem Testamente auch eine unehrliche Person bedacht ist; Th. III. Tit. 12. Art. 6. — Bisweilen tragen aber auch die Schriftsteller über Particularrecht ihre Ansicht in dasselbe hinein. So findet v. Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1824) §. 300. S. 525. in dem Statut das Inofficiositätssystem, da es doch daselbst heißt: es solle das Testament, so viel die Einsetzung der Erben belangt, unkräftig und nichtig seyn (Th. IV. Tit. 3. Art. 4.) Richtiger spricht hier von Ungültigkeit des Testaments J. H. Bender Lehrb. des Privatr. der freien Stadt Frankfurt. (Frankf. 1835. §. 101.).

menti eintreten[74]). „Fehlt eins an den obbenannten ersten sechs Requisiten (d. s. die Formalien der Enterbung), so ist das Testament quoad in- et substitutionem nichtig, und hat Querela nullitatis Platz. Manglet es aber nur an dem siebenten Requisito allein, nämlich an dem erforderlichen Beweis der allegirten Enterbungs-Ursach, so kann das Testament, soviel das *Punctum in- et substitutionis* betrifft, per querelam inofficiosi[75]), inner fünf Jahren von der Zeit, da die Erbschaft angetreten ist, rescindirt werden, doch erstreckt sich diese Klag auf die Erben nicht, ausser wenn der Enterbte sich schon in Lebzeiten damit gemeldet hat, oder vor Antretung der Erbschaft gestorben ist. Seynd etwan mehr Notherben enterbt, so ist zu unterscheiden, ob sie eodem vel diverso successionis ordine succediren. Letztenfalls kann auf den Fall, wenn der Erste nicht klagt, oder mit seiner Klag durchfällt, der Zweite und sofort der Weitere in ordine queruliren, erstenfalls aber nicht"[76]). Die quer. inoff. test. hat also nie mehr Wirkungen, wie die Nullitätsquerel[77]), ist aber

74) Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 16. Nr. 8. 9. §. 24. (Aehnlich aber sehr unbestimmt lautet die Vorschr. in dem Landr. v. 1616. Tit. XXXV. Art. 1).

75) S. Kreitmayr Anm. Th. V. S. 1055. Nr. 18. — „Communior et probabilior sententia ist pro querela nullitatis, ausser in dem einzigen Falle, wenn es an genugsamen Beweise der *ad exheredationem* erforderlichen und *in testamento* ausgedrückten Ursachen fehlt."

76) Vgl. Bd. 35 dieses Comment. S. 475 fgg.

77) Was allerdings consequent ist, wenn man überhaupt nach der Nov. 115 noch eine quer. inoff. test. für De-

denselben Beschränkungen unterworfen, wie im älteren römischen Recht.

Dagegen ist für den Fall, wenn ein Testament postumi agnatione rumpirt wird, fast durchgängig das frühere römische Recht anerkannt [78]). Nur in einem Statut finde ich das Recht der Novelle auch auf diesen Fall bezogen, nämlich in dem Lüneburger Stadtrecht von 1679, wo es heißt: „Die Leibeserben, als Kinder und Kindes-Kinder, also auch die ungeborne Frucht, so noch in der schwangern Mutter Leibe ist — — — müssen nothwendig in einem jeden Testament durch die Testatoren zu Erben eingesetzt, oder wofern sie es verschuldet, mit Erklärung der Ursachen solcher Verschuldung erblos gemacht werden; denn sonsten ist das Testament, soviel die Einsetzung der Erben anbetrifft, unkräftig, und fällt die Erbschaft an des Verstorbenen Blutsfreunde, die sich von Rechtswegen am nächsten dazu ziehen; doch was der Testator in solchem Testament jemand geschafft oder vermacht, das bleibt bei Kräften" [79]).

scendenten und Ascendenten zuläßt. Vgl. Bd. 37 des Comment. S. 290. 299. 303. 344.

78) Vgl. oben Note 37. — Ich habe — ausser dem, was in der folgenden Note hierüber angeführt ist — keine Ausnahme hiervon gefunden, ungeachtet die meisten Particularrechte sich über diesen Fall ausdrücklich erklären. Selbst in das Lübsche Recht ist diese Bestimmung übergegangen.

79) Th. IV. Tit. 3; (bei Pufendorf T. IV. app. p. 718 sq.) — Das Hamb. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 38 nimmt die geringen Vermächtnisse, so wie die legata ad pios usus von der gänzlichen Zerstörung des Testaments durch po-

Ueber die Wirkung der Verletzung des den Geschwistern zustehenden Notherbenrechts finden sich selten besondere Bestimmungen. Ist es durch Particularrecht oder Praxis überhaupt anerkannt, über die Wirkung aber nichts festgesetzt, so ist diese nach dem gemeinen Rechte zu beurtheilen, mithin anzunehmen, daß den Geschwistern die querela inoff. testamenti und zwar mit der Wirkung des älteren Rechts zustehe[80]. Dies ist bisweilen auch ausdrücklich angeordnet[81]); wo es unbestimmt geblieben ist, da herrscht hierüber Streit, doch neigt man sich mehr zu der Meinung hin, daß die Querel den Geschwistern nicht mehr gewähren könne, als den anderen Notherben das auf Nov. 115 gegründete Rechts-

stumi agnatio aus. — Bisweilen ist auch das, was im römischen Rechte über irrthümliche Präterition oder Ausschliessung eines Postumus vorkommt (Bd. 35. S. 387 fgg. Bd. 37. S. 355) in den statutarischen Rechten berücksichtigt, obgleich es sich hier auf eigenthümliche Weise gestaltet hat. S. Lübsches Recht B. II. Tit. 1. Art. 6. Rost. Stadtr. Th. II. Tit. 1. Art. 11. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 454 fgg. (S. unten Note 25. dieses §.).

80) Vgl. Bd. 37 des Comment. §. 1425 d. S. 374 fgg.

81) Ostfries. Landr. B. II. Cap. 148 a. E. („so mögen die Schwestern und Brüder alles Gut ihres Bruders mit Recht nehmen"). — Nassausches Landr. Th. III. Tit. 4. Art. 11. („Würde er aber seine Brüder im Testament übergehen, und die Erbschaft turpibus et infamibus personis, oder schandelosen und berüchtigten Leuten zu geben sich unterstehen, so ist seinen von beiden Banden zugethanen Gebrüdern erlaubt und zugelassen, dasselbige per querelam inofficiosi zu vernichten und umbzustoßen").

mittel[82]). Daß die Durchsetzung dieser Klage überhaupt Intestaterbfolge eröffne, mithin den Geschwisterkindern zu Statten komme, findet sich ebenfalls bisweilen ausdrücklich anerkannt[83]).

4) Die exheredatio bona mente wird nicht häufig erwähnt; geschieht dies, so wird sie gewöhnlich bestätigt[84]), seltner verworfen, und zwar aus dem Grunde, daß „die Elteren ihren Kindern auf andere Art vorzusehen wohl im Stand seynd, mithin dieser römischen Subtilität nicht mehr vonnöthen haben"[85]).

Am wenigsten ist ein materieller Einfluß des römischen Rechts im Lübschen Rechte sichtbar, auch in dessen neuester Revision vom J. 1586, wenn man es nämlich rein aus sich selbst interpretirt, nicht aber nach den durch die Doctrin in das Statut später erst hinein getragenen Voraussetzungen. — Der Ausdruck Testament für einseitige und widerrufliche letztwillige Verfügung kommt

82) S. Berger oeconomia juris ed. Winckler Lib. II. Tit. IV. Th. 17 in F.

83) Ostfriesisches Landr. Cap. 151. — Vgl. Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Bd. V. S. 1057 u. Bd. 35 dieses Comment. S. 424 fgg.

84) Baseler Stadtrecht Th. III. Tit. 13. S. 130. Rostocker Stadtr. Th. II. Tit. 1. §. 24. Wimpfener Stadtr. Th. IV. Tit. 6. §. 7. — Andere Particularrechte, welche diese Enterbung anerkennen, als die Hamburgische Falliten-Ordnung v. J. 1753 und das Preuß. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 419 fgg. sind bereits oben Bd. 37. S. 446. Not. 77 angeführt.

85) Cod. Max. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 16 a. E. — Zu rechtfertigen sucht Kreittmayr diese Bestimmung a. a. O. S. 1053. Nr. 13.

freilich schon in den Lübschen Statuten v. J. 1240 vor, und zwar zeugt dies ausser allem Zweifel für eine Einwirkung des römischen Rechts (s. oben Note 27 a). Ein Gleiches gilt von dem Lübschen Pflichttheil von acht Schillingen vier Pfennigen[86]), wovon übrigens zuerst die Rede ist in einem Codex aus dem Ende des fünfzehnten oder Anfang des sechszehnten Jahrhunderts[87]). Die Entstehung dieses Pflichttheils erklärt sich wohl am ersten so. Zu der gedachten Zeit war die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland so fest begründet, daß man sich ein Erbrechtssystem ohne ein Pflichttheilsrecht kaum mehr denken konnte. Also auch das Lübsche Recht mußte seinen Pflichttheil haben; indessen geschah die Anerkennung desselben nicht auf die Weise, wie anderswo, wo man römisches Notherbenrecht oft aufnahm, ohne daneben die Eigenthümlichkeiten des particularen Rechts, worauf dasselbe angewandt werden sollte, gehörig zu berücksichtigen. Für das Recht der gesetzlichen Erben, und

86) S. darüber Lübsches Recht Buch I. Tit. 9. Art. 2. B. II. Tit. 1. Art. 12. — Vgl. auch B. II. Tit. 1. Art. 8. — Später ist er auf einen Ducaten erhöhet; s. Dreyer Einleit. zur Kenntniß der Lüb. Verordnung. S. 117 fgg.

87) Von den drei Codices, welche *Henr.* Brokes als Anhang zu seinen selectae observationes forenses mittheilt, gehören hieher der zweite (Art. III. u. CCCXLVI. bei Brokes p. 40. u. p. 77 des App.), und der dritte (Art. LXIV. und XCII, bei Brokes p. 85 u. p. 88). — S. auch *J. M.* Ackermann (Pr. *C. F.* Walch) Diss. de legitima Lubecensi ad Stat. Lub. Lib. II. Tit. I. Art. XII. Jen. 1785. (in *C. G. N.* Gesterdingii Analecta juris Lubecensis. Gryph. 1800. Nr. XXVI) §. 3. p. 296 sqq.

insonderheit für das der ehelichen Descendenz[88]) war im Lübschen Recht hinreichend gesorgt. Allerdings auf andere Weise, wie durch römisches Notherbenrecht; auch konnte es sich wohl fügen, daß der gesetzliche Erbe einmal weniger erhielt, als ihm der römische Pflichttheil gewährte. Indessen in der Regel ließ sich dies gewiß nicht annehmen und jedenfalls gieng sein Recht weiter, wie das des römischen Notherben, indem er von seinem gesetzlichen Rechte durch Enterbung nicht ausgeschlossen werden konnte; denn Erbgut darf ohne der Erben Erlaubniß oder die äusserste Noth nicht veräussert werden[89]). Mehr Recht aber haben noch die Descendenten. Ihnen ist das in Gütergemeinschaft befindliche Vermögen ihrer Eltern verfangen. Der Mann darf liegende Gründe und stehende Erbgüter, die ihm die Frau zugebracht hat, ohne ihren und der Kinder Willen nicht veräussern[90]). Ehegatten dürfen einander nichts schenken, wenn nicht die Kinder einwilligen[91]), der Ueberlebende muß nach Abzug eines unbedeutenden Praecipuum mit den Kindern gerade durch theilen, so daß er die eine Hälfte bekommt, die andere auf die Kinder fällt[92]), ja auch selbst das im Stande des Witthums erworbene Gut ist diesem Theilungsrecht

88) Denn „uneheliche Kinder nehmen kein Erbe." Lübsches Recht B. II. Tit. 2. Art. 9.

89) B. I. Tit. 10. Art. 2 u. 6. — Ueber den heut. Gebrauch s. Bornemann in den Rechtsfällen und Rechtsbestimmungen gesammelt aus den Acten des O. A. G. zu Greifswald. 1. Heft. (Berlin 1832) S. 138 fgg. Nr. V.

90) B. I. Tit. 5. Art. 9.

91) B. I. Tit. 6. Art. 1.

92) B. II. Tit. 2. Art. 2 u. 3. Vgl. Art. 5. 8. 10. 11.

unterworfen[93]). Dem freien Dispositionsrecht des Ascendenten blieb mithin blos der auf ihn gekommene Theil unterworfen, und auch dieser nur, soferne er keine Erbgüter enthielt. Das Statut nun, welches den Pflichttheil von 8 Schill. 4 Pf. einführte, beschränkt in sofern auch das testamentarische Verfügungsrecht der Ascendenten über den auf sie gekommenen Theil aus dem gemeinschaftlichen Vermögen[94]), sowie aller Erblasser in Ansehung des gewonnenen Guts. Dies Pflichttheilsrecht steht allen gesetzlichen[94 a]) Erben zu, kann ihnen durch

93) B. II. Tit. 2. Art. 16.

94) Nur beiläufig mag bemerkt seyn, daß hier nur von solchen Kindern die Rede ist, welche ihren Antheil aus der gemeinschaftlichen Masse, oder statt dessen einen Ausspruch erhalten haben, nicht von den eigentlich abgesonderten (separati ac disjuncti), welche überall kein Notherbenrecht an dem Vermögen des separirenden parens mehr haben, obgleich die Praxis ihnen in der reinen Intestaterbfolge nur die unabgesonderten Kinder vorzieht, also ihr näheres Intestaterbenrecht vor Ascendenten und Seitenverwandten anerkannt. Vgl. Lübsches Recht B. II. Tit. 2. Art. 33 und dazu den Commentar von Mevius; besonders Nr. 1. 60. 117. Nr. 127 fgg. Nr. 134 fgg.

94 a) Uebrigens gründet das Lübsche Recht ein Intestaterbrecht nicht geradezu auf Verwandtschaft, sondern es nennt nur acht Arten von Verwandten („die ersten seynd des Menschen Kindere," die achten sind die Kinder von Oheimen und Tanten), und heißt es am Schluß: „Hiermit seynd beschlossen alle Erben und Erbnehmer." B. II. Tit. 2. Art. 1. Man streitet daher, ob nicht dennoch alle Verwandten ein Intestaterbrecht haben? (was jetzt wohl allgemein angenommen wird), und ob nicht jedenfalls die besonderen Rechte der gesetzlichen Erben — das Recht

Enterbung, welche das Statut überhaupt nicht kennt, nicht entzogen werden, und die Vernachlässigung der Zuwendung des Pflichttheils begründet absolute Nullität des Testaments [95]); aber auf eine größere Legitima haben auch die Descendenten kein Recht. Dafür spricht der allgemeine Ausdruck des Statuts, und überhaupt beweist die große Geringfügigkeit der Summe, daß hiebei überall nicht ein materieller Schutz des gesetzlichen Erbrechts bezweckt wurde, sondern die ganze Neuerung eine Form war, wodurch man dem jetzt allgemein anerkannten römischen Pflichttheilsrecht zu genügen glaubte [96]). Indessen hat die neuere Doctrin in das Statut die Voraussetzung hineingetragen, die römische Legitima verstehe sich von selbst, so daß mithin den Descendenten und Ascendenten ein doppeltes Pflichttheilsrecht zugeschrieben wird [97]), und über die Anwendung sich im Ganzen fol-

auf die Erbgüter und auf den Pflichttheil — ausschließlich den im Art. 1 genannten Erben zustehen? S. darüber Mevius ad. jur. Lub. art. cit. Nr. 84. — Ackermann l. l. §. 8. p. 316 sq.

95) Hierüber findet auch kein Streit Statt, wohl aber darüber: ob die querela nullitatis oder inofficiosi testamenti gegen ein solches Testament anzustellen sey? ferner, ob, wenn weniger als der Lübsche Pflichttheil hinterlassen ist, ad supplementum geklagt werden müsse, oder das Testament ungiltig sey. Vgl. Mevius ad art. 12. tit. 1. Lib. II. Ackermann l. l. §. 12. *J. B. Guil.* Lindenberg comment. ad jur. Lub. Lib. II. Tit. 2 de testamentis et legatis (Goett. 1805. 4.) §. 22. p. 54 u. die das. angef. Schriftsteller; auch unten Note 99.

96) Vgl. hiermit Ackermann l. l. §. 5.

97) S. Mevius ad art. 8. Tit. 1. Lib. II. Ackermann a. a. O. §. 8. p. 314 a. E. Lindenberg Diss. cit. §. 22.

gende Theorie gebildet hat: der Lübsche Pflichttheil ist allemal dem nächsten Erben und zwar von dem wohlgewonnenen Gut zu hinterlassen[98]), geschieht dies nicht, so ist das Testament allen seinen Bestimmungen nach ungiltig[99]). Ausserdem gebührt dem römischen Noterben eine Legitima, deren Größe und sonstige Voraussetzungen nach den Regeln des römischen Rechts zu bestimmen sind. Ob und inwiefern bei Berechnung derselben auch Erbgüter zu berücksichtigen sind? ist streitig[100]). Nach der consequenteren Meinung müssen aus dem Ver-

p. 52 u. E. — Die große Anomalie, welche in diesem doppelten Pflichttheilsrechte liegt, fühlte man freilich wohl; daher der Streit: ob der Lübsche Pflichttheil überhaupt auf Descendenten und Ascendenten gehe? eine Frage, welche übrigens wegen des allgemeinen gesetzlichen Ausdrucks mit Recht zu bejahen ist. S. ACKERMANN l. l. p. 314 u. LINDENBERG p. 52.

98) Ob titulo heredis institutionis oder nicht? ist ebenfalls streitig; ACKERMANN l. l. §. 14. LINDENBERG in der angef. Diss. §. 22. p. 53 sq.

99) S. die Note 95 angef. Schriftsteller, besonders aber Bornemann Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen, gesammelt aus den Acten des O. A. G. zu Greifswald. Heft I. (Berl. 1832) Nr. VIII. S. 94 fgg. — Inconsequent ist es, hier von einer querela inoff. test. zu sprechen, wie von MANTZEL jus Mecklenb. et Lub. illustr. Cent. III. jud. 65 geschieht.

100) Vgl. Joach. Luc. Stein Abhandlung des Lübschen Rechts Th. II. §. 151. Note *). LINDENBERG Diss. cit. §. 20. — Mit Recht bemerkt dieser, daß die Schriftsteller in diese wichtige Frage so selten eingehen; doch fehlt es seiner Erörterung ebenfalls an Tiefe; übrigens trägt er die richtige Ansicht vor p. 47 fg.

mögen, wovon die Legitima zu berechnen ist, alle diejenigen Güter vorabgezogen werden, auf welche die Pflichttheilsberechtigten ein Recht haben, das ihnen durch Testament überall nicht entzogen werden darf, folglich in Beziehung auf das Pflichttheilsrecht der Descendenten nicht nur die Erbgüter, sondern auch der Theil, welcher ihnen von dem gemeinschaftlichen Vermögen gebührte; daher darf denn z. B. der Vater seine Kinder nur von dem ihm gebührenden und seinem freien Verfügungsrecht unter Lebenden unterworfenen Antheil durch Enterbung ausschliessen [1]). Ist den römischen Notherben nur der Lübsche Pflichttheil hinterlassen, so können sie jedenfalls, was an dem gemeinrechtlichen Pflichttheile fehlt, mit der condictio ad supplendam legitimam nachfordern. Ob sie ein Impugnativmittel gegen das Testament haben, ist bestritten; immer aber gesteht man ihnen in dieser Beziehung nur das Recht zu, welches die Nov. 115 den übergangenen oder ungiltig ausgeschlossenen Notherben giebt [2]).

Es soll nun noch eine ganz kurze Darstellung des durch die Gesetzgebung der beiden größten Staaten Deutschlands bestimmten Notherbenrechts, indessen meistens nur mit Rücksicht auf die Hauptquellen selbst, erfolgen.

Das Preußische Landrecht [3]) kennt drei Arten Pflicht-

1) Vgl. auch über die Befugniß des einen Ehegatten, den anderen durch eine letztwillige Verfügung von der portio statutaria auszuschliessen, Bornemann a. a. O. Nr. IX. S. 114 fgg.

2) S. Lindenberg in der angef. Diss. p. 54 fgg.

3) Einzelne Streitfragen, die Anfechtung einer den Pflichttheil verkürzenden Schenkung nach dem Preuß. Rechte betreffend, sind schon oben Bd. 36. S. 96 u. besonders

theilsberechtigter Personen: eheliche Descendenten [4]), Ascendenten [5]) und Ehegatten [6]). Den Geschwistern ist alles Pflichttheilsrecht abgesprochen [7]). Erbeinsetzung der Zwangserben ist nicht erforderlich, sondern durch jegliche Zuwendung des Pflichttheils auf den Todesfall gelten sie für abgefunden [8]). Alle letztwillige Verfügungen, wodurch den Notherben ihr Pflichttheil genommen, geschmälert oder belastet werden soll, müssen bei Strafe der Nichtigkeit in einem förmlichen Testament erfolgen, und selbst eine privilegirte Disposition unter Kindern ist dazu nicht hinreichend [9]). Nach dem Ausdruck des Ge-

S. 122 fgg. erörtert. — Im Allgemeinen ist hierbei noch zu vergleichen: G. F. Gärtner das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinen Landrechte; in A. H. Simon und H. L. v. Strampff Zeitschr. für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts. Bd. II. H. 2. Nr. XX. S. 392 fgg.

4) Allgemeines Landr. für die Preuß. Staaten Th. II. Tit. 2. §. 391—418. — Ebendas. §. 655. Auch die aus einer Ehe zur linken Hand erzeugten Kinder haben kein Pflichttheilsrecht. Ebendas. §. 585.

5) Th. II. Tit. 2. §. 501—514.

6) Th. II. Tit. 1. §. 631—633.

7) Th. II. Tit. 3. §. 33. — Vgl. hierüber Gärtner a. a. O. S. 405. 413.

8) Th. II. Tit. 2. §. 396. — Ueber die Art, wie der Pflichttheil zu hinterlassen ist, so wie über die Wirkung der in dieser Beziehung mangelhaften Anordnung, finden sich ausdrückliche Vorschriften nur für Descendenten. Doch ist bestimmt, daß diese Vorschriften auch für die anderen Notherben gelten sollen. Th. II. Tit. 1. §. 633 und Tit. 2. §. 516.

9) Th. II. Tit. 2. §. 431.

setzt, findet bei Vernachlässigung dieser Vorschrift, also nicht die (gleich näher zu bestimmende) Klage auf den Pflichttheil, sondern eine von selbst eintretende Nichtigkeit der ganzen Verfügung Statt, so daß mithin die rein gesetzliche Erbfolge eintritt [10]). Ist dieser Form genügt, so kommt nichts darauf an, ob der Notherbe präterirt [11]) oder enterbt ist, ob im letzteren Falle eine Enterbungsursache angeführt ist und gerechtfertigt werden kann, oder nicht: der Notherbe fordert in allen diesen Fällen nur seinen Pflichttheil von dem eingesetzten Erben, und dasselbe findet auch Statt, wenn ihm zwar etwas, aber weniger als sein Pflichttheil beträgt, zuge-

10) Gärtner a. a. O. erklärt sich hierüber nirgends; ja er führt den §. 431, soviel ich bemerkt habe, nicht einmal an. Und doch mußten ihn gerade einige der von ihm aufgestellten Principien zu der Untersuchung veranlassen: ob die Redactoren des Preußischen Rechts durch die Aufnahme dieser Bestimmung Consequenz bewiesen haben? Er tadelt es, daß noch im römisch-justinianischem Recht ein so großes Gewicht auf Formen gelegt sey, und findet es angemessen, daß der Preußische Gesetzgeber nur die Idee zu realisiren gesucht habe: der Notherbe hat blos ein Recht auf seinen Pflichttheil, wenn der Erblasser ihm nicht mehr zuwenden will; wie dieser seinen entgegenstehenden Willen ausgesprochen hat ist völlig gleichgiltig. Daß man von jener Idee ausgieng, ist allerdings ausser Zweifel (m. s. Klein's s. g. Materialien, oder: Entwurf des Preußischen Landrechts II. 1. Anm. zu §. 322); indessen ist damit die Fassung des gedachten §. 431 schwer zu vereinigen.

11) S. die Marginalrubrik zu Th. II. Tit. 2. §. 432 fgg.; und §. 442 daselbst, wo es heißt: „Eben das gilt, wenn ein Kind oder Enkel in der letzten Willensordnung ganz mit Stillschweigen übergangen worden."

wandt würde [12]. Name und Character der Klage sind in dem Gesetze nicht näher bestimmt. Sie eine Pflichttheilsklage zu nennen [13]), dagegen ist an sich nichts einzuwenden; nur darf man hieraus für die rechtliche Natur der Klage selbst nichts folgern wollen. Nach dem Gesetze wird dadurch das Testament theilweise angefochten und umgestoßen [14]); auch ist der römische Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest im Preußischen Rechte aufgehoben [15]). Aber es scheint mir, man dürfe darum noch nicht die Pflichttheilsklage als hereditatis petitio partiaria und den Notherben, welcher die Klage durchsetzt, als

12) Th. II. Tit. 2. §. 432 fgg. — Als Grund wird in der angeführten Anm. zu dem Entwurf §. 322 angegeben: „Daraus, daß Eltern ihren Kindern den Pflichttheil nicht sollen entziehen können, folgt offenbar nur soviel, daß, wenn sie solches dennoch thun, die Disposition, soweit sie gesetzwidrig ist, ungültig sey, und also den verkürzten Kindern zu dem, was ihnen das Gesetz anweist, verholfen werden müsse. Nicht aber folgt daraus eine Nichtigkeit der Verordnung, soweit sie dem Gesetz nicht zuwider ist. Noch weniger läßt es sich aus der Natur der Sache herleiten, daß um deswillen, weil in der Person des Erben eine Veränderung vorgefallen, die im Testamente enthaltenen Vermächtnisse u. s. w. unkräftig werden müßten.“

13) S. Gärtner a. a. O. S. 422 fgg.

14) Th. II. Tit. 2. §. 438 („Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat, so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten“), und §. 436 („In allen anderen, die Enterbung nicht betreffenden Stücken bleibt die letztwillige Verfügung bei Kräften“).

15) Th. I. Tit. 12. §. 45.

wahren Miterben betrachten [16]. Der Pflichttheil ist eine gesetzliche Schuld [17]), und diese Eigenschaft hat ihm das Preußische Recht ganz ungemischt erhalten, da der Notherbe nicht, wie nach römischem Rechte, den eingesetzten Erben verdrängt und sich an seine Stelle setzt, sondern von demselben die ihm gebührende Quote aus dem Nachlasse fordert [18]). Dagegen beweist auch die Aufhebung

16) So Gärtner a. a. O. S. 424 fgg. Indessen ist ihm nicht entgangen, wie wenig sich diese Annahme mit anderen Voraussetzungen des Preußischen Rechts vertrage; er sucht dieselbe also auf folgende Art zu erklären: an sich habe der Pflichttheilsberechtigte nur ein Forderungsrecht gegen den Testamentserben, durch das obsiegende Urtheil erwerbe er aber die Rechte eines wirklichen Erben, und nun nehme sein Anspruch die Natur eines dinglichen Rechts an (S. 437 fgg.). Es würde hiernach also auch derjenige eine hereditatis petitio anstellen dürfen, welcher entschieden zur Zeit der erhobenen Klage noch kein Erbrecht hatte! Gärtner meint zwar, daß es sich eben so mit der querela inofficiosi testamenti verhalten habe. Allein gerade hier zeigt sich die Verschiedenheit des römischen und des Preußischen Gesichtspuncts. Die Querel ist eine hereditatis petitio (Bd. 35 des Comment. S. 344 fgg.); aber sie ist es nicht, weil der Notherbe eine Forderung gegen den Testamentserben hat, sondern weil er selbst als Erbe auftritt und jenen verdrängen will. Steht das also fest, daß der Notherbe von vorne an nur eine Forderung gegen den eingesetzten Erben hat, so kann seine Klage auch keine hereditatis petitio seyn.

17) Arg. L. 36. §. 2. C. de inoff. test. (III. 28) Nov. 1. pr. §. 2.

18) Thl. II. Tit. 2. § 433 („— so muß dem Kinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft verabfolgt — werden");

der Regel: nemo pro parte testatus u. s. w. nichts, da diese so ausgesprochen ist: daß der Erblasser nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen, und es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen könne (s. Note 15). Hier entscheidet vielmehr eine andere Regel, wonach die gesetzliche Erbfolge nicht eintritt, wenn der Testirer sich einen Universalerben ernannt hat[19]). Dies aber ist der Fall, wenn der Testator den Notherben präterirt, oder ihn nicht auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben als Erben einsetzt, und da überdies derjenige, welcher die Pflichttheilsklage durchsetzt, nirgends Erbe genannt, vielmehr dem Erben entgegengesetzt wird, so ist es gewiß consequenter, zu sagen: er fordere von diesem den Pflichttheil als Schuld. Näher einzugehen in diese und andere Fragen, — z. B. ob die Pflichttheilsklage zu dem Nachlasse des Notherben gehört, und ob sie im Falle eines Verzichts auf den Nächstberechtigten übergehe[20]) — kann für den größten Theil der Leser dieses Commentars von keinem Interesse seyn. Allerdings bilden römische Rechtsbegriffe, wie sie eben zur Zeit der Entstehung des Preußischen Landrechts gangbar waren, hier wie allenthalben die Grundlage dieses Gesetzbuchs, so viele Mühe man sich auch gab, es als ein durchaus selbstständiges Werk erscheinen zu lassen[21]).

§. 435 (der Erbe soll das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden) u. s. w.

19) Th. I. Tit. 9. §. 367.

20) S. Gärtner a. a. O. S. 446 fgg.

21) Aehnlich wie die Gerichtsordnung in ihrem Verhältnisse zu dem bisherigen gemeinrechtlichen Prozesse. S. meinen Entwurf des gemeinrechtl. und Preuß. Civilprozesses Vorr. S. XIII fg.

Und selbst da, wo die Verfasser sich geflissentlich vom römischen Rechte entfernten, wie dies im Notherbenrecht ganz offenbar geschehen ist, nimmt eine Vergleichung mit demselben in mehr als einer Hinsicht das juristische Interesse in Anspruch, auch in unmittelbar practischer Beziehung, wofür man sich gerade auf die eben erwähnten Controversen berufen kann, indem hierbei allenthalben die römischen Begriffe von der **querela inofficiosi testamenti**, deren Transmission, der Succession in dieselbe, so wie die Anwendbarkeit dieser Begriffe zur Sprache kommen [22]). Indessen gehören Untersuchungen hierüber doch zunächst immer einem ganz anderen Zwecke an, als der ist, wodurch wir überhaupt zu einer Vergleichung des römischen Notherbenrechts mit den deutschen Particularrechten bestimmt wurden. Für diesen Zweck genügen diejenigen Resultate, welche auch ein Hinblick auf die Preußische Gesetzgebung bestätigt: Erstlich, daß man sich mit der complicirten Correctionstheorie [23]) in Deutschland nicht zu befreunden vermogte, sondern in der Anwendung sich das Recht der Novelle 115 so einfach wie möglich gestaltete. Zweitens, daß man sich aber dennoch von gewissen Doctrinalbegriffen des römischen Rechts unwillkührlich beherrschen ließ, weshalb den unter dem Einfluß der fremden Rechte entstandenen Gesetzbüchern das belebende Element des römischen Rechts zur Zeit der classischen Juristen fehlt, — der durchgängige Zusammenhang der Begriffe, — sie mithin schon gleich bei ihrem Entstehen den Keim zu endlosen Streitigkeiten in sich tragen. Daß die Redactoren der Preußischen Ge-

22) Gärtner S. 445 fgg.

23) S. Bd. 37 des Commentars, S. 308.

setzgebung auch im Notherbenrechte dem römischen Rechte mehr Einfluß gestatteten, als sich mit der Consequenz verträgt, wurde vorhin (Note 10) schon bemerkt. Hieher darf man denn auch wohl die Bestimmung rechnen, daß durch Annahme eines Menschen an Kindesstatt das früher errichtete Testament des Adoptivvaters seine Kraft verliere[24]. Denn soll in Ansehung des Vermögens, das nach Abzug der Legitima übrig bleibt, lediglich der im Testamente erklärte Wille des Erblassers entscheidend seyn, so ist doch wahrlich nicht abzusehen, wie hierin das Hinzukommen eines Pflichttheilsberechtigten etwas ändern kann[25].

Noch einfacher erscheint das Notherbenrecht nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für

24) Th. II. Tit. 2. §. 456.

25) Aus gleichem Grunde kann es nicht für consequent gehalten werden, wenn es §. 450 heißt: „Ist der aus Irrthum Uebergangene nach errichtetem Testamente zurückgekehrt, oder sonst dem Erblasser das Daseyn oder Leben desselben erweislich bekannt geworden, und hat der Erblasser nach diesem Zeitpuncte ein Jahr verstreichen lassen, ohne in Ansehung seiner etwas zu verfügen, so verliert das Testament seine Kraft." Denn je länger er bei seinem einmal erklärten letzten Willen beharrt, desto bestimmter legt er dadurch an den Tag, daß er es dabei bewendet lassen wolle. — Ich erwähne dies hier, weil ich der Meinung bin, daß die besonderen Bestimmungen des römischen Rechts über eine durch Irrthum veranlaßte Präterition oder Ausschliessung wenigstens die Veranlassung geworden sind, auch im Preuß. Landrechte hierüber etwas Eigenthümliches festzusetzen; eine Uebereinstimmung mit dem röm. Recht findet sich dabei freilich nicht. (S. oben die Note 79).

die gesammten Erbländer der Oesterreichischen Monarchie[26]). Notherbenrechte haben nur Descendenten und Ascendenten[27]). Einsetzung der Notherben ist nicht erforderlich[28]), aber auch keine förmliche Ausschliessung, ja nicht einmal die Anführung einer Enterbungsursache, wenn gleich eine solche, und was dieser gleich steht[29]), vorhanden seyn muß[30]). Ist nur eine letzte Willensordnung vorhanden[31]), so hat der Notherbe, auch wenn er ganz präterirt ist, selbst auf den Pflichttheil keinen Anspruch, sobald nur der Testamentserbe das Vorhandenseyn eines gesetzlichen Ausschliessungsgrundes nachweist[32]). Läßt sich ein solcher nicht darthun, so kann der Notherbe doch immer nur den Pflichttheilsbetrag fordern, er mag ausdrücklich enterbt, oder gänzlich übergangen seyn[33]),

26) Es gehören hieher Th. II. Hauptst. VIII. §. 540 fgg. Hauptst. XIII. §. 729 und das ganze Hauptst. XIV.

27) Hauptst. XIV. §. 762 u. §. 796.

28) Ebendas. §. 774.

29) Hauptst. VIII. §. 540—542.

30) Hauptst. XIV. §. 768—770.

31) Hauptst. XIII. §. 729.

32) Hauptst. XIV. §. 782. „Wenn der Erbe beweisen kann, daß ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe sich einer der — Enterbungsursachen schuldig gemacht hat, so wird die Uebergehung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen." Dadurch unterscheidet sich denn das Oesterr. Recht wesentlich von dem Preußischen, nach welchem die Nichtanführung eines Enterbungsgrundes jedenfalls ein Recht des Notherben auf den Pflichttheil begründet. Th. II. Tit. 2. §. 441. 442.

33) Hauptst. XIV. §. 775. 776.

es wäre denn die Uebergehung eines Descendenten blos durch Irrthum veranlaßt[34]); Ascendenten haben auch in diesem Falle nur ein Recht auf den Pflichttheil[35]).

Es bleibt uns jetzt noch etwas über das Verhältniß der Erbverträge zum Notherbenrecht zu sagen übrig[36]).

34) Das Oesterr. Recht (Hauptst. XIV. §. 777. 778) unterscheidet: ob neben dem irrthümlich übergangenen Notherben noch andere vorkommen, welche eingesetzt sind, oder ob er der einzige ist. Im ersten Fall soll er den Erbtheil bekommen, welchen der am mindesten begünstigte Notherbe erhält (Aehnlich ist die Bestimmung des Preuß. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 444; nur daß hier die Verfügung überhaupt auf Testamentserben bezogen wird). Im letzteren Falle fällt das Testament, mit Ausnahme gewisser Vermächtnisse, ganz über den Haufen. Dies muß denn auch wohl für den Fall gelten, wenn der Testirer alle seine Notherben übergeht, weil er ihre Existenz nicht kannte.

35) Hauptst. XIV. §. 781.

36) Ex professo behandelt diesen Gegenstand *Jo. Henr.* Mayer Diss. inaug. An et quatenus principia juris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint? Goett. 1805. 4. Indessen fehlt es den einzelnen, wenn gleich großentheils richtigen Sätzen, an tieferer Begründung, und auf renuntiative Erbverträge hat der Verf. überall keine Rücksicht genommen. — Nur beiläufig berührt unseren Gegenstand *C. W.* Paetz comm. successione universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi ademta sit (Goett. 1801. 4.). §. 12. p. 23. Not. 37, und ebenso *J. T. B.* Linde Diss. inaug. exhibens observationes quasdam de successione germanica imprimis pactitia (Bonn. 1820. 4.). §. 9. p. 19 sq. Nr. 6. — Ungemein zu beklagen ist, daß in dem sehr ausführlichen

Wir setzen dabei natürlich voraus, daß Erbverträge gesetzlich anerkannt sind, daneben aber ein Notherben- und Pflichttheilsrecht nach der Grundregel des röm. Rechts bestehe, wie dieses auch in den einzelnen Particularrechten modifizirt seyn möge. Hiernächst wollen wir nun folgende Fälle unterscheiden:

I. Es hat Jemand einen acquisitiven Erbvertrag über sein gesammtes Vermögen geschlossen, ohne dabei irgend eine Rücksicht auf seine Notherben zu nehmen.

Hiernach versteht sich ganz von selbst, daß nicht blos vertragsmäßige Singularsuccession (z. B. mortis causa donatio) gemeint sey, und eben so, daß nicht mit den Notherben selbst contrahirt werde (wenigstens nicht mit allen). — Daß Notherbenrechte auch durch Erbverträge nicht willkührlich verletzt werden können, darf wohl kaum bezweifelt werden[37]), und so kann man allerdings

Aufsatz von Hasse über Erbvertrag u. s. w. (Rhein. Mus. II. S. 149 fgg.) auch ganz und gar nichts über das Notherbenverhältniß vorkommt, so nahe der Verf. auch bisweilen daran streift, und so selten er sonst eine Gelegenheit vorbeigehen läßt, über einen interessanten Stoff seine Meinung zu entwickeln. — Die bereits angeführte Schrift von Beseler die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (Gött. 1835) erregt zur Zeit nur die Hoffnung, daß der Verf. in der Forts. auch den hier berührten Fragen seine Aufmerksamkeit widmen werde. Die mit so wissenschaftlichem Ernst begonnene Schrift wird uns sicher auch über das geltende Recht wichtige Aufschlüsse liefern, und in dieser Erwartung darf ich mich hier wohl auf Weniges beschränken. Daß die Lehrbücher des deutschen Privatrechts sich so gut wie gar nicht auf die Sache einlassen, ist schwerlich zu rechtfertigen.

37) Kreittmayr ad Cod. Max. Bavar. Bd. V. S. 1290 fg.

sagen: daß Erbverträge wegen Präterition eines Notherben nicht gelten, und durch Agnation eines suus heres rumpirt werden[38]), wobei wir aber noch ganz absehen müssen von den besonderen Wirkungen, welche die Ungiltigkeit oder die Ruption erzeugen kann; denn hierüber streitet man eben. Es fragt sich nämlich: welche Rechtsmittel hier dem Notherben zu Gebote stehen? indem davon alles Uebrige abhängt. — Man könnte nun vielleicht die Sache aus dem Gesichtspuncte der donatio inofficiosa betrachten[39]). Wäre dies möglich, so würde dem Notherben immer nur eine Revocationsklage bis auf die Höhe seines Pflichttheils gegen den Vertragserben zustehen[40]). Indessen ist diese Ansicht nicht zu rechtfer-

Nr. 6. 7. Paetz Diss. cit. p. 23. Mayer Diss. cit. §. 8. p. 12 sq. Vgl. Bd. 25 des Comment. S. 373.

38) Pufendorf observat. jur. univ. obs. 173. — Damit darf aber die Frage nicht verwechselt werden: ob der Erbvertrag wegen nachgeborner Kinder von selbst wegfalle, oder wohl gar der Erblasser selber ihn aufrufen könne? Entschiede hier die Analogie der querela inoff. donationis, so würde man dem Erblasser allerdings einen beschränkten Widerruf gestatten dürfen (S. meine doctr. Pand. Vol. III. § 774. Nr. I. a. E. u. Bd. 36 dieses Commentars S. 56 fgg.). Indessen ist es wohl richtiger, diese Frage im Ganzen zu verneinen (Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 345). Die deutsche Rechtsparömie: Kinder (oder Kinderzeugen) bricht Ehestiftung erkennt aber freilich die Rechte der Kinder an. S. unten III. Note 52.

39) Linde obs. cit. §. 9. Nr. 6. — Auch Mayer Diss. cit. §. 17. Nr. 1. führt diese Ansicht an, jedoch ohne sie zu billigen.

40) Bd. 36 des Comment. S. 97 fgg. Nr. IV.

tügen. Die Befugniß der Notherben, pflichtwidrige Schenkungen zu rescindiren, ist ein besonderes Recht, da es das regelmäßig einem Jeden zustehende Recht einschränkt, sein Vermögen durch Verfügungen unter Lebenden willkührlich zu vermindern, weshalb es denn auch an besondere Bedingungen geknüpft ist, und namentlich Dolus oder doch offenbar lieblose Gesinnung des Schenkgebers voraussetzt[41]. Nun ist es ausgemacht, daß für die Frage: ob das Recht eines Notherben durch Erbvertrag verletzt worden sey oder nicht? Dolus und Lieblosigkeit des Erblassers gar nicht in Betracht kommen, — es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß Erbverträge nicht nur Verfügungen auf den Todesfall sind[42], sondern auch daß sie, im activen Sinne ganz gewiß, eine Universal-Succession begründen[43]. Wie man daher über die rechtliche Natur der Erbverträge, und namentlich über die Frage: ob sie im Wesentlichen, d. h. abgesehen von der verschiedenen Form und von ihrer regelmäßigen Unwiderruflichkeit, die Natur von Testamenten haben[44]?

41) Bd. 36. S. 74 fgg. Nr. III.

42) S. Hasse über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 4. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 199—218 (besonders das. S. 217).

43) Mittermaier Grundsätze §. 403. Nr. 1. Eichhorn Einleitung §. 344 zu Anfang und am Schlusse. Maurenbrecher Lehrb. §. 562. Nr. 1. — *F.* Nieper Diss. inaug. de successione pactitia, inprimis de transmissione juris succedendi ex pacto (Gott. 1833. 8). Cap. I. §. 4. p. 18. — Vgl. auch oben Note 7. S. 5 und die der nächsten folgende Note 45. Ferner Bd. 35. S. 83.

44) Von jeher sind hierüber die Meinungen sehr getheilt gewesen. Vgl. Paetz in der angef. Diss. §. 9. p. 16. Mayer l. l. §. 8. p. 13. Beide verneinen die Frage;

sagen: daß Erbverträge wegen Präterition eines Notherben nicht gelten, und durch Agnation eines suus heres rumpirt werden [38]), wobei wir aber noch ganz absehen müssen von den besonderen Wirkungen, welche die Ungiltigkeit oder die Ruption erzeugen kann; denn hierüber streitet man eben. Es fragt sich nämlich: welche Rechtsmittel hier dem Notherben zu Gebote stehen? indem davon alles Uebrige abhängt. — Man könnte nun vielleicht die Sache aus dem Gesichtspuncte der donatio inofficiosa betrachten [39]). Wäre dies möglich, so würde dem Notherben immer nur eine Revocationsklage bis auf die Höhe seines Pflichttheils gegen den Vertragserben zustehen [40]). Indessen ist diese Ansicht nicht zu rechtfer-

Nr. 6. 7. Paetz Diss. cit. p. 28. Mayer Diss. cit. §. 8. p. 12 sq. Vgl. Bd. 25 des Comment. S. 373.

38) Pufendorf observat. jur. univ. obs. 173. — Damit darf aber die Frage nicht verwechselt werden: ob der Erbvertrag wegen nachgeborner Kinder von selbst wegfalle, oder wohl gar der Erblasser selber ihn aufrufen könne? Entschiede hier die Analogie der querela inoff. donationis, so würde man dem Erblasser allerdings einen beschränkten Widerruf gestatten dürfen (S. meine doctr. Pand. Vol. III. § 774. Nr. I. a. E. u. Bd. 36 dieses Commentars S. 56 fgg.). Indessen ist es wohl richtiger, diese Frage im Ganzen zu verneinen (Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 345). Die deutsche Rechtsparömie: Kinder (oder Kinderzeugen) bricht Ehestiftung erkennt aber freilich die Rechte der Kinder an. S. unten III. Note 52.

39) Linde obs. cit. §. 9. Nr. 6. — Auch Mayer Diss. cit. §. 17. Nr. 1. führt diese Ansicht an, jedoch ohne sie zu billigen.

40) Bd. 36 des Comment. S. 97 fgg. Nr. IV.

tigen. Die Befugniß der Notherben, pflichtwidrige Schenkungen zu rescindiren, ist ein besonderes Recht, da es das regelmäßig einem Jeden zustehende Recht einschränkt, sein Vermögen durch Verfügungen unter Lebenden willkührlich zu vermindern, weshalb es denn auch an besondere Bedingungen geknüpft ist, und namentlich Dolus oder doch offenbar lieblose Gesinnung des Schenkgebers voraussetzt [41]. Nun ist es ausgemacht, daß für die Frage: ob das Recht eines Notherben durch Erbvertrag verletzt worden sey oder nicht? Dolus und Lieblosigkeit des Erblassers gar nicht in Betracht kommen, — es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß Erbverträge nicht nur Verfügungen auf den Todesfall sind [42], sondern auch daß sie, im activen Sinne ganz gewiß, eine Universal-Succession begründen [43]. Wie man daher über die rechtliche Natur der Erbverträge, und namentlich über die Frage: ob sie im Wesentlichen, d. h. abgesehen von der verschiedenen Form und von ihrer regelmäßigen Unwiderruflichkeit, die Natur von Testamenten haben [44]?

41) Bd. 36. S. 74 fgg. Nr. III.

42) S. Hasse über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 4. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 199—218 (besonders das. S. 217).

43) Mittermaier Grundsätze §. 403. Nr. 1. Eichhorn Einleitung §. 344 zu Anfang und am Schlusse. Maurenbrecher Lehrb. §. 562. Nr. 1. — *F.* Nieper Diss. inaug. de successione pactitia, inprimis de transmissione juris succedendi ex pacto (Gott. 1833. 8). Cap. I. §. 4. p. 18. — Vgl. auch oben Note 7. S. 5 und die der nächsten folgende Note 45. Ferner Bd. 35. S. 83.

44) Von jeher sind hierüber die Meinungen sehr getheilt gewesen. Vgl. Paetz in der angef. Diss. §. 9. p. 16. Mayer l. l. §. 8. p. 13. Beide verneinen die Frage;

auch denken mag, — es genügt, daß durch den Erbvertrag die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird, um dem Notherben das Recht zuzugestehen, welches ihm gebührt, wenn er durch ein Testament verletzt ist[45]).

dagegen bejaht sie unter den Neueren vorzüglich C. S. Zachariae in dem Lib. Quaestion. Qu. XVII. p. 125 sqq. Offenbar geht dieser Schriftsteller in der Anwendung seines Prinzips zu weit (wenn er z. B. §. 3 dem Erblasser gestattet, auch noch nach geschlossenem Erbvertrage durch Vermächtnisse über Theile und einzelne Gegenstände seines Nachlasses zu verfügen). Doch kommt hierauf, so wie auf die bekannte Controverse der Germanisten: ob der Vertragserbe auch mit seinem eignen Vermögen für die Schulden haften müsse? bei unserer Frage überall nichts an.

45) Diesen Grund macht auch der scharfsinnige Paetz geltend, in der angef. Diss. p. 23. — Durch eine mortis causa donatio, selbst wenn sie auf das gesammte Vermögen gerichtet seyn sollte, wird die Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen, indem eine solche Schenkung als codicillus ab intestato zu behandeln ist (s. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 763. Note 7. W. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. (Giessen 1827) §. 45. Vgl. auch Paetz l. l. §. 8. p. 14 sq. u. Mayer Diss. cit. §. 17. Nr. 2. p. 21). Ich führe dies nur an, um zu zeigen, daß die Wirkung einer Verletzung des Notherbenrechts durch Erbverträge nicht nach dem Recht der Schenkungen zu bestimmen ist; wogegen es gewiß sehr natürlich ist, einer vollständigen Ausschliessung der Intestaterbfolge mag sie durch Vertrag oder Testament erfolgen, in Ansehung der Notherbenrechte stets die nämliche Wirkung beizulegen. Dies hindert natürlich nicht, auch hier solche Sätze von den Schenkungen anzuwenden, welche an sich unabhängig sind von den Begriffen der Universal- oder Singular-Succession. S. unten den Text zu Note 63. 64.

Was fordert nun der durch einen Erbvertrag verletzte Notherbe, und mit welcher Klage fordert er es? Zunächst ist natürlich darauf zu sehen, ob sich hierüber besondere Bestimmungen in den Particularrechten finden. Eine solche treffen wir namentlich in dem Bayerschen Rechte an, wonach der Notherbe nur seinen Pflichttheil fordern darf[46]), bei dessen Bestimmung aber natürlich nicht die Zeit des geschlossenen Vertrags, wie bei der inofficiosa donatio[47]) in Betracht kommt, sondern die Todeszeit des Erblassers, indem nach dieser es sich entscheidet, was der Vertragserbe erhält. Das Preussische Landrecht schreibt vor, daß Erbverträge aus den nämlichen Gründen entkräftet werden, wie Testamente[48]), und so versteht es sich denn von selbst, daß auch der durch Erbverträge verletzte Notherbe nichts mehr als die Legitima fordern kann (S. oben S. 51). Nach gemeinrechtlichen Prinzipien ist aber sein Recht hierauf nicht zu beschränken, wie gleichwohl von den Germanisten gewöhnlich geschieht[49]). Als einen Grund für diese Beschränkung pflegt man wohl

46) Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 6. 7. u. 13. („Mögen dergleichen Pacta — um die ganze Erbschaft — — gemacht werden, jedoch — salvo jure legitimae. — Per agnationem sui heredis aut supervenientiam liberorum werden dergleichen Geding niemal entkräftet, sondern bleiben nichts destoweniger, salva tamen legitima, bei Kraft“).

47) Bd. 36. S. 117 fgg.

48) Th. I. Tit. 12. §. 647.

49) Eichhorn Einleitung §. 343. Nr. II. a. E. Maurenbrecher Lehrb. §. 562. Nr. 1. — Mittermaier Grundſ. §. 403. Nr. IX. äussert sich hierüber unbestimmt.

anzuführen: daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Art, wie den Notherben der Pflichttheil im Testamente hinterlassen werden muß, und die Folgen der Präterition in diesem auf Erbverträge nicht anwendbar seyen[50]). Indessen dieser Grund (abgesehen davon, daß er eine wahre petitio principii enthält) beweist offenbar zuviel. Das ganze Pflichttheilsrecht — die Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil, so wie die Ausschliessung von demselben — hängt im römischen Rechte so genau mit testamentarischen Dispositionen zusammen, daß, wenn einmal eine Beschränkung des Notherbenrechts darum eintreten soll, weil die Bestimmungen des röm. Rechts über Berücksichtigung der Notherben im Testamente auf deutsche Erbverträge überhaupt nicht anwendbar sind, man consequenterweise den Notherben alles Pflichttheilsrecht für die Fälle absprechen muß, wo kein Testament, sondern ein Erbvertrag in der Mitte liegt. Man hat sich hierbei wohl unwillkührlich leiten lassen durch das Recht der querela inofficiosae donationis, wenn man auch davon nicht spricht[50a]). Nun ist oben (S. 61) dargethan; daß diese Analogie hier überall nicht paßt. Indessen auch dies ganz bei Seite gesetzt, so wird doch gewiß zugegeben werden müssen, daß das Bestehen eines Pflichttheilsrechts neben Erbverträgen keineswegs als etwas Anomales betrachtet werden darf, wie das Recht zur querela inoff. donationis[51]), m. a. W. daß, wenn dies Recht auch gar nicht existirte, wir den=

50) Eichhorn a. a. O. — Linde obs. cit. §. 9. Nr. 6.

50 a) Ausdrücklich wird die Analogie der inofficiosa donatio hier angenommen von Linde a. a. O.

51) Band 36 des Commentars S. 78.

noch einem durch Erbverträge verletzten Notherben das Pflichttheilsrecht zugestehen würden. Dies aber vorausgesetzt, müssen wir das Recht eines solchen Notherben ganz unabhängig von den Grundsätzen der inofficiosa donatio zu bestimmen suchen. Das leitende Prinzip dafür haben wir denn auch bereits gefunden: Wenn der Erblasser die gesetzliche Erbfolge ausschließt, ohne das Recht seiner Notherben auf gehörige Art zu berücksichtigen, gleichviel ob durch Testament oder durch Erbvertrag, so ist das Recht der Notherben immer auf gleiche Weise verletzt, folglich können auch die Wirkungen keine verschiedenen seyn. — Aber, fragt man, wie ist es möglich, das Recht des Notherben in einem Erbvertrage gehörig zu berücksichtigen, ihn auf den Pflichttheil einzusetzen, zu enterben u. s. w.? — Wie man diese Frage auch beantworten möge, so kann dies doch in der Sache selbst nichts ändern. Es ist hier die Rede von einer Pflicht des Erblassers und von einem Recht der Notherben. Jener zu genügen ist Sache des Erblassers; ist es nicht geschehen, so zeigt sich das Recht des Erben immer wirksam[52]). Diese Wirkungen aber bestehen darin, daß es zur Intestaterbfolge kommt. Ob man dabei das Corrections- oder das reine Derogations-System zu Grunde legt, — die Klage für eine Inofficiositäts- oder für eine Nullitäts-Klage hält, ist im Wesentlichen gleichgiltig. Dagegen darf denn auch nicht eingewandt werden, daß es unpassend sey, die wegen ungiltiger und mangelhafter Testamente gegebenen Rechtsmittel auf Erbverträge anzuwenden. Von dem, was die Neueren hier Rechts- und Impugnativ-Mittel zu nennen pflegen, kennt

52) Pufendorf obs. jur. univ. T. II. obs. 173. T. III. obs. 23. Mayer l. l. §. 16. 17.

das römische Recht nur die querela inofficiosi testamenti und die contra tabulas bonorum possessio. Die Querela nullitatis juris antiqui und novi ist eine Erfindung der neueren Juristen, und bekanntlich ist in der Nov. 115 von Rechtsmitteln gar nicht die Rede. Es wird hier nur bestimmt, worauf der verletzte Notherbe einen Anspruch habe, nicht aber wie er ihn geltend mache, mithin darf man gewiß nicht sagen, daß die Anwendung des Gesetzes auf Erbverträge durch Eigenthümlichkeiten testamentarischer Impugnativ-Mittel ausgeschlossen werde. Selbst der Anwendbarkeit der querela inofficiosi testamenti läßt sich nichts von Belang entgegensetzen[53]), wie sie ja auch schon im römischen Rechte auf pflichtwidrige Schenkungen angewandt wurde; das Besondere dabei lag nur darin, daß man auch das Recht zu Verfügungen unter Lebenden durch das Notherbenrecht beschränkte, woraus es sich denn eben erklärt, daß man hier das Recht des Notherben nicht über den Pflichttheilsbetrag hinausgehen ließ. Darum darf man denn aber freilich noch nicht von verschiedenen Wirkungen der Präterition, der unförmlichen und der blos unbilligen Ausschliessung sprechen, auch wenn man dem Corrections-

53) Es soll damit keineswegs gesagt seyn, daß (selbst unter vorausgesetzter Richtigkeit des Corrections-Systems) Descendenten und Ascendenten diese Klage gegen Vertragserben haben können; wo aber zur Begründung derselben nur erfordert wird, daß der Notherbe auf unbillige Weise, gleichviel in welcher Form, ausgeschlossen sey, wie bei Geschwistern (die besondere Bedingung des Vorzugs einer turpis persona kommt hier nicht in Betracht), da steht einer analogischen Zulassung der Querel gewiß nichts im Wege.

System zugethan ist[54]). Denn dies setzt offenbar die Möglichkeit einer directen Ausschliessung des Notherben in Erbverträgen mit dritten Personen voraus; daß diese aber nicht möglich sey, soll weiter unten (Nr. II. D.) dargethan werden. Wir brauchen uns indessen hierbei um so weniger zu verweilen, als die Unrichtigkeit des Corrections-Systems oben (Bd. 37. S. 336—349) ausführlich erwiesen ist. Darnach aber fallen jene Verschiedenheiten ohnehin weg; eine Präterition hat keine anderen Wirkungen, als eine unförmliche oder unbillige Enterbung. Nun bestimmt zwar die Nov. 115, das Testament solle nur **quoad heredis institutionem** zerstört werden; es scheint folglich, daß man bei der Anwendung dieses Rechts auf Erbverträge das Notherbenrecht über die Gränze ausdehnen müsse, die ihm durch die neueste Gesetzgebung Justinians bestimmt ist. Allein die Novelle sagt ja keineswegs: es solle das Testament nie ganz wegfallen, sondern sie verfügt die Nullität desselben, nur mit der Modification, daß der an die Stelle des Testamentserben tretende Notherbe die Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen und Vormundschaftsernennungen respectiren müsse; sind daher in dem Testament keine Vermächtnisse angeordnet, so erhält der Notherbe Alles. Bei Erbverträgen wird dies nun allerdings wohl als Regel angenommen werden dürfen. Indessen ist eine buchstäbliche Anwendung des Prinzips, daß nur die durch des Erblassers Willen angeordnete Universalsuccession wegfalle, die Verfügungen über Singularsuccession aber bei Kräften bleiben, auch bei Erbverträgen nicht ausgeschlossen. Zwar darf man nicht, wie von Einigen ge-

54) Dies ist die Ansicht von Pufendorf obs. T. II. obs. 173 und von Mayer Diss. cit. §. 18.

schieht[55]), die Regel aufstellen: daß Vermächtnisse auch in Erbverträgen angeordnet werden dürfen. Denn Regel ist es auch heut zu Tage, daß dritten nicht mit paciscirenden Personen durch Verträge kein Recht erworben werden kann[56]). Allerdings giebt es hievon Modi-

55) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 403. Nr. XI.

56) Sehr bestimmt ist diese Regel auch im Preußischen Rechte anerkannt, nach welchem ein Dritter aus einem zwischen Anderen abgeschlossenen Vertrage nur ein Recht erhalten kann, wenn er selbst mit Bewilligung der Hauptparteien dem Vertrage beigetreten ist (Allg. Landr. Th. I. Tit. 5. §. 75 — 77. — Vgl. auch Eichhorn Einleit. in das d. Privatr. §. 343. Nr. IV). — Als Ausnahmen hievon sieht man wohl an die s. g. restitutiven Erbverträge pacta successoria devolutiva, d. i. das Versprechen, die Erbschaft des Mitpaciscenten einem Dritten zu restituiren, und die durch Erbverträge begründeten Familien-Fideicommisse (Eichhorn a. a. O. Maurenbrecher Lehrb. §. 564). Indessen bei den letzteren sind es ja nicht eigentlich dritte Personen im juristischen Sinne, sondern die Erben der Paciscenten, welche aus dem Vertrage ein Recht erlangen; aus dem nämlichen Grunde könnte man auch die Erbverbrüderungen, überhaupt alle Erbeinigungen als Ausnahmen von der Regel betrachten, daß Rechte Dritter durch einen Vertrag nicht bestimmt werden dürfen. Die s. g. devolutiven oder restitutiven Erbverträge aber gehören wohl in die Reihe der willkührlich ersonnenen Doctrinalbegriffe, denen eine selbstständige Realität überall nicht zukommt. Sam. Stryk, welcher hier als Hauptschriftsteller genannt werden muß, nennt als solche Fideicommisse, Erbverzichte, donationes sub modo und einiges Andere, was mit eigentlichen Erbverträgen in gar keiner Verbindung steht, als die pacta de restituenda

ficationen, und die heutige Praxis geht hierin noch weiter, wie die römische, indem sie nicht nur gestattet, einen Vertrag geradezu auf die Person eines Dritten zu stellen, sondern auch ohne eine Cession von Seiten des Promissarius dem Dritten, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen wurde, eine Klage gegen den Promittenten giebt [57]). Immer aber setzt dies ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten voraus, in Folge dessen dieser möglicherweise wider Jenen auf Abtretung des erworbenen Forderungsrechts klagen könnte [58]). Dies obligatorische Verhältniß kann freilich auch ohne ein eigentliches Mandat durch freiwil-

dote, de restituenda hereditate tertii u. a. (Tract. de succ. ab intestato Diss. VIII. u. IX.). Auf ähnliche Weise stellt v. Hartitzsch (das Erbrecht nach röm. u. heut. Rechten. Leipz. 1827) §. 33. Nr. 3 sehr verschiedenartige Begriffe unter dem Namen der restitutiven Erbverträge zusammen. Auch die neueren Germanisten sind keineswegs über den Begriff der restitutiven Erbverträge einig, indem der Eine sie den Fideicommissen entgegensetzt (Eichhorn a. a. O.), der Andere sie für eine Art der Fideicommisse erklärt (Hasse über Erbvertrag u. s. w. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 153 fg. Nr. 4. Maurenbrecher Lehrb. §. 564). Letzteres ist auch wohl richtig; nur stehen diese Fideicommisse unter den allgemeinen Gesetzen, welche für die Errichtung der Fideicommisse gelten. Sofern dergleichen Auflagen überhaupt in Erbverträgen erfolgen können, bestehen sie zu Recht; wo nicht, so sind sie in der für einseitige letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form zu errichten.

57) Meine doctrina Pandectarum Vol. I. §. 131 a. E. Nr. 1.

58) S. meine Cession der Forderungsrechte §. 37. Nr. I.

lig übernommene Geschäftsführung begründet werden; auch kann jedes für einen Dritten eingegangene Geschäft durch hinterher erfolgende Genehmigung wirklich sein Geschäft werden[59]). Doch muß der Geschäftsführer glauben, daß er in den Angelegenheiten des Dritten, d. h. in Beziehung auf ein für denselben bereits begründetes Rechtsverhältniß handle (Note 59); selbst aber wenn man hiervon absehen wollte, würde sich aus diesem Grunde die rechtliche Möglichkeit, durch Erbverträge dritten Personen etwas zuzuwenden, schwerlich vertheidigen lassen. Denn wer ist in diesem Falle eigentlich als der Geschäftsführer des Dritten zu betrachten? Ist es der Erblasser, weil der Vertragserbe ihm ein Versprechen zum Besten der dritten Person leistet, oder ist es der Vertragserbe selbst, weil in der ihm geschehenen Zusage auch das Beste des Dritten mit berücksichtigt wird? In beiden Fällen fehlt die rechtliche Möglichkeit, ein ex negotiorum gestione erworbenes Klagrecht geltend zu machen; es ist zur Zeit der Entstehung des Forderungsrechts entweder kein Subject da, durch welches es vermittelt, oder keines, gegen welches es verfolgt werden könnte.

Nichts destoweniger ist es möglich, auch in Erbverträgen solche Anordnungen zu treffen, welche im Wesentlichen die Wirkung von Vermächtnissen haben, — ob widerruflich oder unwiderruflich, ist dabei gleichgiltig. Ausser den Fällen, wo dies durch Particulargesetze also bestimmt ist[60]), gehören noch folgende hieher: a) wenn

59) L. 6. §. 9 sqq. D. *de negot. gest.* III. 5.

60) Im Preußischen Landrecht Th. II. Tit. 12. §. 646. ist angeordnet, daß dergleichen Auflagen die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen haben sollen. — Uebrigens

dritte Personen als Singularsuccessoren an dem Erbvertrage Theil genommen haben, indem es keinem Zweifel unterliegt, daß Mehrere in Beziehung auf dasselbe Vermögen in der Art wirksam paciscieren können, daß der Erwerber des Hauptobjects sich Anderen zu gewissen Prästationen verpflichtet. — b) Wenn der Erbvertrag eine Form hat, in welcher auch letztwillige Verfügungen errichtet werden können, — z. B. wenn er gerichtlich, oder vor fünf Zeugen geschlossen ist. — Dagegen ließe sich nun allenfalls wohl einwenden, daß nach der Absicht der Paciscenten das Geschäft doch ein Vertrag seyn solle, sobald man daher von der Regel ausgehe: Vermächtnisse dürfen nur in einseitigen letztwilligen Verfügungen angeordnet werden, nicht die Form, sondern das Wesen des Geschäfts die Giltigkeit oder Ungiltigkeit solcher Anordnungen bestimmen müsse. Indessen ein Widerspruch liegt sicher nicht darin, daß der Erbe dem Erblasser die Erfüllung gewisser ihm zum Besten Dritter gemachter Auflagen zusichert, und so gut dies vom Testamentserben geschehen kann, eben so gut muß es auch vom Vertragserben geschehen können. Nur insofern das Gesetz solche Auflagen nicht ohne eine bestimmte Form gelten lassen

haben Erbverträge nach dem Preußischen Rechte ohnehin die Rechtsform mit den Testamenten gemein; Th. II. Tit. 12. §. 621. Vgl. Heinr. Gottfr. Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen nach dem allgemeinen Preuß. Landrechte mit Rücksicht auf die röm. Gesetzgebung. Frkf. a. d. O. 1829. 8. §. 17. S. 98.). Auch fällt hier das Interesse weg, welches die gegenwärtige Untersuchung auf dem Gebiete des gemeinen Rechts hat, weil der Notherbe den Vertragserben nicht verdrängt, sondern nur den Pflichttheil von ihm erhält.

will, muß diese beobachtet seyn; ist sie es, so kann es nicht in Betracht kommen, daß diese Form zugleich auch für ein anderes Geschäft benutzt wurde, zumal für ein solches, das mit jenen Auflagen in der genauesten Verbindung steht. Ueberdies soll ja die liberale Absicht eines Erblassers stets zur Ausführung gebracht werden, sofern nicht bestimmte Rechtsgründe im Wege stehen [61]; an der ersteren ist hier aber gewiß nicht zu zweifeln, und eben so wenig ein Hinderniß der letzteren Art vorhanden. Von selbst versteht es sich übrigens, daß diese Auflagen für Dritte immer nur die Bedeutung einseitiger letztwilliger Verfügungen haben können, mithin der Erblasser sie widerrufen darf; geschieht dies nicht, so macht der Dritte sein Recht in ähnlicher Art geltend, wie wenn einem testamentarischen oder gesetzlichen Erben zu seinem Besten Vermächtnisse auferlegt wären [62]. — c) Allein auch

61) L. 24. (25.) D. *de reb. dub.* XXXIV. 5. S. auch die folg. Note).

62) Aehnlichkeit mit dem Gegenstande unserer Untersuchung hat der von Scävola (L. 37. §. 3. D. *de leg.* III.) entschiedene Fall: Ein Vater schenkt sein gesammtes Vermögen seinem emanzipirten Sohne „non mortis causa“ (also an sich unwiderruflich), behält sich jedoch das Verfügungsrecht über die einzelnen Objecte vor. Später erläßt er einige fideicommissarische Auflagen an den Sohn, und es entsteht die Frage, ob diese erfüllt werden müßten, da der Sohn das väterliche Vermögen doch nicht als eigentlicher Erbe (nämlich im römischen Sinne) besitze. („Quaesitum est, quum filius patris *nec bonorum possessionem acceperit*, *nec ei heres exstiterit*, an ex epistola fideicommissa et libertatem praestare debeat?“) Wenn nun gleich die bejahende Antwort zunächst darauf gegründet wird: es könne ja auch der

ohne diesen Umweg werden in vielen Fällen die einem Testamentserben zum Besten Dritter gemachten Auflagen rechtliche Wirksamkeit haben. — Erbverträge können auch titulo oneroso eingegangen werden[63]; namentlich kommen sie nicht selten in der Art vor, daß der Vertragserbe die Alimentation des künftigen Erblassers übernimmt. Wenn indessen der Erblasser ohne alles Aequivalent durch Erbvertrag über sein Vermögen verfügt, so ist der Erwerbsgrund für den Vertragserben ein lucrativer, also dem Wesen nach eine Schenkung; es können mithin auch alle rechtlichen Bestimmungen über Schenkungen hier zur Anwendung kommen, wobei lediglich ihr Charakter als lucrativer Erwerbsgrund in Betracht kommt, also das, was jede Schenkung mit Erbverträgen der gedachten Art gemein hat. Hiernach steht nun ein solcher Erbvertrag unter den Grundsätzen einer donatio sub modo, wobei der modus auf (vollständige oder theilweise) Restitution des Erhaltenen an einen Dritten gerichtet ist. Nach dem früheren Recht hatte Derjenige, zu dessen Vortheil der modus gereichte, nur alsdann eine

Schuldner des Erblassers mit einem Fideicommiß belastet werden (vgl. L. 77. in f. D. *de leg.* I.), so genügt doch hier das Resultat, daß schon nach röm. Rechte Jemand, welcher das Vermögen des Erblassers weder als Testaments- noch als gesetzlicher Erbe erhalten hat, fideicommissarisch beschwert werden durfte. Freilich darf dies jetzt nicht so buchstäblich angewandt werden, wie es im Pandektenrecht ausgesprochen ist, sondern es ist die Giltigkeit solcher Auflagen regelmäßig durch die Anwendung der erst im neueren Rechte eingeführten Codizillarform bedingt.

63) S. Hasse über Erbvertrag u. s. w. a. a. O. S. 213 fg. Nr. 13.

Klage auf Erfüllung, wenn er dem Vertrage beigetreten war; kaiserliche Rescripte billigten aber die Ansicht, wonach er ohne Weiteres, also blos durch die Liberalitätshandlung des Schenkers, ein Klagerecht erhielte[64]).

So gut wie der Vertragserbe selbst würde also in diesen Fällen auch der an seine Stelle tretende Notherbe die Vermächtnisse anerkennen und erfüllen müssen. Er ist aber auch verpflichtet, wenn der Erbvertrag titulo oneroso eingegangen ist, den Vertragserben schadlos zu halten, oder falls noch nichts wirklich geleistet ist, von seiner Verbindlichkeit zu liberiren. Denn da er Erbe geworden ist, muß er auch die Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen, natürlich nur, insoweit sich dies mit dem Rechtsgrunde verträgt, wodurch die Erbschaft an ihn gekommen ist; denn wollte man ihn unbedingt zur Anerkennung der Handlungen des Erblassers verpflichten, so

64) Schenkung konnte die Zuwendung eines Vermögens durch Beerbung schon darum nicht genannt werden, weil nach röm. Recht die Begründung einer Universalsuccession vermittelst einer Schenkung überhaupt nicht möglich ist; auch kann ja möglicherweise eine Universalsuccession nicht lucrativ, ja wohl gar mit Nachtheilen für den Erben verknüpft seyn. (Hasse a. a. O. S. 211 fgg. Nr. 11—13. F. W. L. von Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Erster Band, Marb. 1835. §. 8. Nr. 1. 2. S. 67 fgg.). Dennoch wird die Beerbung (wie auch sehr natürlich ist) regelmäßig als lucrativer Erwerbsgrund angesehen und in Ansehung der rechtlichen Folgen als solcher behandelt. (M. s. z. B. L. 9. §. 5. D. *de jur. et facti ignorantia*. XXII. 6. und dazu meine Abhandl. im Archiv für civilist. Praxis Bd. II. XXXV. S. 392 fgg. Nr. 2.; ferner L. 6. pr. u. §. 2. D. *quae in fraudem creditor*. XLII. 8.).

würde er ja den Nachlaß selbst wieder an den Vertragserben restituiren müssen[65]).

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die zur Begründung des Notherbenrechts erforderlichen besonderen Bedingungen hier ebenfalls vorhanden seyn müssen; damit also Geschwister den Vertragserben verdrängen können, muß dieser zu der Klasse der turpes personae, in dem bekannten Sinne, gehören[66]).

II. Ein zweiter Gegenstand unserer Aufmerksamkeit ist die Frage: inwieferne eine Ausschliessung der Notherbenrechte durch Verträge möglich sei?

A) Die einfachste Art dies zu bewirken ist ein Vertrag mit dem Notherben selber, was man im Allgemeinen einen renunciativen Erbvertrag oder Erbverzicht[67])

65) Daß der Erbe das obligatorische Verhältniß anerkennen mußte, ohne gleichwohl an die seine Rechte betreffende Verfügung des Erblassers gebunden zu seyn, ist ja auch im röm. Recht nichts Unerhörtes. M. s. L. 31. C. *de evict.* VIII. 45. — Vgl. auch L. 41. D. *de pign. act.* XIII. 7.

66) Meyer diss. cit. §. 10. p. 14.

67) Mit Recht bemerkt Hasse a. a. O. S. 151, daß dieser Ausdruck mehr umfaßt, als man darunter gewöhnlich zu verstehen pflegt, indem ein Verzicht auf einen Erbanspruch sich ohne alle Mitwirkung des Erblassers denken lasse. Er schlägt dafür den Ausdruck Enterbungsvertrag vor, wogegen sich indessen wahl nicht blos, wie er meint, der römische Sprachgebrauch sträuben möchte. Uebrigens kommt das Wort enterben in dem Ostfriesischen Landrechte von 1515 auch für gesetzliche Ausschliessung vor. S. die Ueberschrift vom Cap. 222. Buch II.: „Wo de Moeder dorch Versümenisse untervet word"; d. i. Wie die Mutter durch Versäumniß enterbet werde. (Es

zu nennen pflegt. Es ist dabei für das Wesen der Sache gleichgiltig, ob der Notherbe dem Erbeinsetzungsvertrag beitritt 68), oder ob allein mit ihm contrahirt wird, ferner, ob er schlechthin verzichtet, oder ob er von der Erbschaft abgefunden wird 69). So gehören denn auch die Abson-

ist hier von der Ausschliessung der Mutter von der gesetzlichen Beerbung ihrer Kinder wegen nicht erbetener Vormünder die Rede).

68) Hasse a. a. O. S. 151 fg. Nr. 3. (und mit ihm Maurenbrecher Lehrb. §. 563. Note f.) nimmt an, daß in der Regel mit einem renunciativen Erbvertrag ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden werde. Diesem aber widerspricht gewiß die Erfahrung. Man denke nur an die zahlreichen Fälle, wo der Zwangserbe von der Erbschaft beim Leben des Erblassers abgefunden wird, diesem also die freie Disposition über den vorbehaltenen Theil seines Vermögens bleibt, ohne alle Concurrenz eines Vertragserben, ja ohne daß dabei vor der Hand an einen bestimmten Dritten, der künftig einmal in das übrige Vermögen als Erbe eintreten soll, auch nur gedacht wird.

69) Die Particularrechte, welche überhaupt davon sprechen, erwähnen meistens nur Erbverzichte der letzteren Art; z. B. Alt-Würtemb. Landr. von 1567 Th. III. S. 289. (in dem neueren fehlt hierüber alle Bestimmung), Lübsches Recht B. II. Tit. 2. Art. 33, Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 3. §. 7 u. 13, Lüneburger Reformation Th. VI. Tit. 1. a. E. Mainzer Landr. Tit. IX. §. 5. Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 14. Nr. 3. (s. unten Note 74.) — Das Preußische Landr. (Th. I. Tit. 12. §. 649 fg.) kennt auch rein verzichtende Erbverträge, d. h. solche, wobei gar nicht einmal von einer Abfindung des verzichtenden Erben die Rede ist, vorausgesetzt daß derjenige, auf dessen Nachlaß verfügt wird, dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitrete

derungen, oder vollständigen Abschichtungen der Kinder, — wie sie bei Statt findender Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten, und besonders, wenn der überlebende zu einer neuen Ehe schreitet, vorzukommen pflegen, — in die Klasse der wirksamen Erbverzichte. Denn ungeachtet mancher Streitfragen über die Wirkungen solcher Absonderungen wird es doch allgemein anerkannt, daß die Absonderung einer rechtsgiltigen Enterbung gleich stehe, woraus denn von selbst folgt, daß die Abgesonderten — wenn auch ein Intestaterbrecht nach den unabgesondert gebliebenen Kindern, doch kein Pflichttheilrecht weiter in Anspruch zu nehmen haben [70]), selbst

(§. 650). Dies kann aber gar nicht als Einschränkung betrachtet werden, da es zum Begriff eines eigentlichen Erbvertrags wesentlich mit gehört, indem Verfügungen über — künftige oder schon angefallene — Erbschaften ja die Erbfolge selbst in keiner Art abändern. S. Hasse a. a. O. Cap. 2. S. 218 fgg.

70) Vgl. Mevius in comment. ad art. 33. Tit. 2. B. II. jur. Lub. Nr. 129 fg. J. L. Stein Abhandl. des Lübschen Rechts Th. II. Tit. 1. §. 153. Note *. Pufendorf obervat. jur. univ. T. III. obs. 10. („Ad jus statutarium Luneburgense. Liberi segregati an parente sine nova prole mortuo testamentum ejus ex causa inofficiosi possint impugnare, vel alio nomine legitimam ex ejus hereditate petere"). — Uebrigens wird Mevius hier mit Unrecht von Pufendorf als Gegner behandelt. Ausdrücklich sagt der Erstere (a. a. O.), der Abgesonderte sei einem rechtmäßig Enterbten gleich, und dürfe weder testamentarische noch andere Verfügungen des separirenden Ascendenten impugniren; nur nimmt er an (Nr. 134 fg.), daß die Abgesonderten ein Intestaterbrecht behalten, und in diesem nur von den Unabgesonderten ausgeschlossen werden.

alsdann nicht, wenn das Vermögen des separirenden Ascendenten später sich vermehrt und mit Rücksicht hierauf das abgefundene Kind seinen Pflichttheil noch nicht vollständig erhalten haben sollte [71]), wie dies auch in mehreren Particularrechten ausdrücklich angeordnet ist [72]). Genug, durch jede an und für sich zu Recht beständige Abfindung des Notherben fällt Alles weg, was im römischen Recht über die Art und Weise vorgeschrieben ist, wie Notherben in Testamenten zu berücksichtigen sind, falls nicht particularrechtliche Einschränkungen nachgewiesen werden können [73]), wie sich denn eine solche in dem Bayerischen Rechte findet, wo es heißt: wenn Notherben freiwillig auf die Erbschaft renunzirt haben, „so müssen sie nichtsdestoweniger in der bereits empfangen- oder von Rechtswegen zu empfangen habenden Portion instituirt werden [74]).“

Gesetzt nun, es überläßt Jemand bei seinem Leben sein Vermögen dem Notherben und behält sich über einen

71) Pufendorf l. l. „Neque conveniens est, ut duplicem legitimam petant.“

72) Lüneburger Reform. Th. VI. Tit. 1. a. E. u. Tit. 19. Mainzer Landr. Th. IX. §. 5.

73) Als Einschränkung einer Rechtsregel, oder als besonderes Recht sind dergleichen Bestimmungen zu betrachten, da sich die gesetzliche Anerkennung von Erbverzichten mit der Fortdauer eines Zwangserbrechts nicht wohl verträgt.

74) Cod. Maximil. Bavaric. Th. III. Tit. 3. §. 14. Nr. 5. — Diese durchaus ungehörige Einmischung römischer Begriffe, welche nur zu gerichtlichen Weiterungen Veranlassung geben konnte, sucht Kreittmayr auch nicht einmal zu vertheidigen, sondern er berührt sie blos ganz kurz, Anmerk. Bd. V. S. 1038. Nr. c.

Theil desselben (oder auch über den künftigen Erwerb[75]) freies Verfügungsrecht vor. Daß hier der Erblasser über seinen Nachlaß testamentarisch verfügen darf, ohne den Notherben überall weiter zu berücksichtigen, ist nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts durchaus nicht zu bezweifeln. Aber wer ist nun als der eigentliche Erbe anzusehen, der künftige Testamentserbe oder der Notherbe? Zunächst hängt hier Alles von Ausdruck und Inhalt der ersten Disposition ab; denn daß der abgefundene Notherbe titulo universali bedacht sey oder werde, ist zum Rechtsbestande des Abfindungsvertrags nicht erforderlich. Allerdings kann aber der Notherbe auch durch den Vertrag zum Erben erklärt werden, in welchem Falle alsdann das beim Leben des Erblassers bereits erhaltene Gut den eventuellen Nachlaß bildet. Gesetzt nun, daß daneben ein Anderer als Testamentserbe instituirt wird, so würden wir hier mehrere Universalerben aus verschiedenen Delationsgründen haben, wogegen denn aber die Analogie der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, zu streiten scheint. Ob diese Regel überhaupt in Deutschland gilt, oder nicht? darüber herrscht unter den Juristen keineswegs einerlei Meinung[76]), obgleich allerdings die Mehrzahl sich gegen ihre

75) Es ist der Wirkung nach einerlei, ob der Erblasser sich einen Theil des überlassenen Vermögens, oder nur seinen künftigen Erwerb vorbehält. Denn immer kann alsdann, was der Notherbe erhält, nicht als Nachlaß im römischen Sinne betrachtet werden.

76) Vgl. J. C. Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808) §. 38. S. 135 fg. Note 1. Griesinger Fortsetzung von Danz Th. IX. S. 97—103. Mittermaier Grund-

Geltung erklärt. Diese Ansicht hat auch wohl die meisten Gründe für sich. Denn wenn gleich die im deutschen Erbrechte so häufig vorkommende Trennung der Vermögensmassen die Idee an sich nicht ausschloß, daß als der eigentliche Universalerbe der zu betrachten sey, welcher den unbestimmten Theil des Nachlasses erhielt [77]), so hinderte er doch das Aufkommen jenes Grundsatzes, welcher dadurch so Vieles von seiner practischen Bedeutung verlieren mußte [78]). Wie natürlich, ja nothwendig jene Regel daher auch den Römern erscheinen mochte [79]), in Deutschland hat man sich nie recht mit ihr befreunden können, sondern sie meistens als eine unnütze römische Subtilität betrachtet [80]). Zwar wird sie in einigen Particularrechten ausdrücklich anerkannt [81]), allein die meisten

sätze §. 384. a. E. Maurenbrecher Lehrbuch §. 547. a. E. u. das. Note p. — Huschke über die Rechtsregel: nemo pro parte testatus u. s. w. (Rhein. Mus. Bd. VI. Nr. VIII.) S. 366 fgg.

77) S. oben Note 7. S. 5 fgg.

78) Vgl. Lindenburg comment. ad jus Lub. de testamentis et legatis §. 16. p. 38.

79) S. Huschke in der angef. Abhandl. S. 258 fgg. Vgl. auch das. S. 296 fgg. S. 336 fgg.

80) Vgl. Griesinger Forts. von Danz Bd. IX. S. 98 fgg. Note e.

81) Z. B. Würtemb. Landr. v. 1609. Th. III. Tit. XI. Art. 14. Pfälzisches Landr. Th. III. Tit. XI. Art. 6. Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 9. Nr. 4. — Soviel Lob auch dem Verf. des Bayerschen Maximil. Gesetzbuches sonst gebührt, so trennt er sich doch nicht gerne von den s. g. allgemeinen Rechtswahrheiten des röm. Rechts.

ignoriren sie[82]), und in den neuesten Gesetzgebungen — also gerade in denjenigen, welche es geflissentlich darauf anlegten, die mit den gangbaren Rechtsansichten nicht übereinstimmenden Lehren des röm. Rechts aufzuheben oder abzuändern, — ist sie ausdrücklich aufgehoben[83]). Welche Meinung man indessen hierüber auch haben mag,

82) Uebrigens kann ich mit Maurenbrecher (Lehrbuch §. 547. Note p.) darin nicht übereinstimmen, daß durch die Bestimmung mancher Particularrechte: die Codicillarclausel solle allezeit stillschweigend verstanden werden, die reine Idee der absoluten Repräsentation indirect zerstört sei. Denn alsdann hätten ja die Intestatcodizille, die ausdrückliche Hinzufügung der Codizillarclausel, und die übrigen Fälle, wo schon im römischen Rechte eine testamentarische Verfügung in vim fideicommissi aufrecht erhalten wurde (vgl. meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 685. Note 5. §. 686. §. 780. Note 12. 13.), die nämliche Wirkung haben müssen; immer aber hält auch in diesen Fällen das röm. Recht den Begriff eines von uns s. g. directen Erben mit strenger Consequenz fest.

83) Allg. Landr. für die Preuß. Staaten Th. I. Tit 12. §. 45. (Daß das Landrecht dabei dennoch den präsumtiven Willen des Erblassers berücksichtigt wissen will, und namentlich das jus accrescendi zuletzt, wenn es nicht vom Testirer ausdrücklich ausgeschlossen ist, erklärt Gans für eine Inconsequenz, in den Beiträgen zur Revision der Preußischen Gesetzgebung Bd. I. Abtheil. 2. Nr. VII. S. 137 fg. Indessen dürfte dieser Vorwurf schwerlich gerechtfertigt erscheinen. Das Gesetz läßt theilweise Verfügung über den Nachlaß zu. Hat aber der Testirer vollständig darüber verfügt und nur mehrere Erben ernannt, so steht ja das jus accrescendi damit durchaus in keinem Widerspruche). Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Oesterr. Monarchie Th. II. Hauptst. VIII. §. 534.

so läßt sich doch auch noch ein anderer Grund für das Nebeneinanderbestehen der gesetzlichen und der vertragsmäßigen Erbfolge anführen. — Die römische Regel setzt nämlich nur die gesetzliche und die testamentarische Erbfolge einander entgegen; Erbverträge aber gehören wie die Testamente zu den Verfügungen des Testirers über seinen Nachlaß, und sie werden daher in den älteren Particularrechten mit den Testamenten unter dem Namen Geschäfte zusammengestellt und gemeinschaftlich der gesetzlichen Erbfolge entgegengesetzt [84]). In beiden Fällen wird die Erbschaft nach dem Willen des Erblassers deferirt, und man legt der Regel: nemo pro parte testatus u. s. w. eine Bedeutung bei, welche sie im römischen Rechte nicht hatte, wenn man sie hier zur Anwendung bringen will [85]). Gab es ja doch auch schon

84) S. oben S. 13. Note 28. Hinzuzufügen ist noch die Wormser Reformation von 1498 Buch IV. Th. 3. Tit. 4. 11. 14. Th. 4. Tit. 1. u. a. a. O.

85) A. M. ist Huschke im Rhein. Mus. VI. S. 298, indem er glaubt, daß aus dem nemo pro parte etc. auch von selbst die Regel folge: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest. Indessen ist in den Quellen immer nur von verschiedenartigen Delationsgründen die Rede, und Cicero de invent. II. 21 gebraucht daher auch den Ausdruck *dissimilibus de causis* unius pecuniae plures heredes esse non possunt; diesen Ausdruck findet Huschke freilich tadelnswerth, doch genügt zur Begründung dieses Tadels weder die Berufung auf die Stellen, wonach einem früheren Testament nur die Wirkung fideicommissarischer Verfügungen beigelegt wird (§. 3 J. *quib. mod. infirm. test.*) L. 12. §. 1. D. *de injusto, rupto irrito facto testamento* (XXVIII. 3), noch auf die Rechtsregel: „Ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neu-

nach dem römischen Rechte Fälle, wo aus verschiedenen Testamentsurkunden eine s. g. directe Erbfolge deferirt wurde[86]. Erbvertrag und Testament aber haben in jedem Falle das mit einander gemein, daß durch eine Ver-

trum ratum est" (L. 188 pr. D. *de reg. jur.*). Der folgende Titel wird uns Gelegenheit geben, auf diesen Gegenstand wieder zurück zu kommen. Hier mag dasjenige genügen, was in der nächsten Note über die Sache gesagt ist. Uebrigens ist auch Mayer diss. cit. §. 15. Nr. 3 der Meinung, daß sich die Ernennung eines testamentarischen Universalerben mit einer durch Erbvertrag begründeten Universalsuccession nicht vertrage. Zwar stehe die Natur der Erbverträge hier nicht entgegen, wohl aber die für Testamente geltende Regel: nemo pro parte testatus u. s. w.

86) L. 1. §. 6 D. *de bonor. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11) „Si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque exstet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus." — Die Stelle spricht zwar von gleichzeitig solennisirten Testamentsurkunden, sie aber blos von verschiedenen Exemplaren desselben Testaments zu verstehen (wie §. 13. I. *de testam. ordin.* L. 24. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII. 1. L. 4 D. *de his, quae in test. del.* XXVIII. 4 u. L. 1. §. 5 D. *de B. P. sec. tab.*) ist unmöglich, da in jeder Testamentsurkunde verschiedene Erben ernannt sind. Jedenfalls sehen wir hieraus, daß an sich nichts Widersprechendes darin gefunden wurde, seine letztwilligen Anordnungen auch in Beziehung auf Universalnachfolge in verschiedenen, ihrem Inhalte nach nicht gleichlautenden Dispositionen auszusprechen. Mehr über das Verhältniß verschiedener Testamente desselben Erblassers wird beim folgenden Titel vorkommen.

fügung des Erblassers die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird; alles Uebrige ist hier ausserwesentlich [87]), und so steht denn an sich nichts im Wege, den Vertragserben und den Testamentserben in Beziehung auf die Succession selbst als Miterben zu betrachten [88]). Uebrigens hat diese ganze Frage nur unter der Voraussetzung für unseren Gegenstand eine Bedeutung, daß etwa (wie im Bayerschen Rechte) ausser der Abfindung der Notherben auch noch eine gehörige Berücksichtigung derselben vorgeschrieben ist. Wird hier nicht ausdrücklich erfordert, daß dies in einem eigentlichen Testamente geschehe, so kann man es wohl für genügend erachten, wenn der Notherbe durch einen Vertrag abgefunden wird, welcher ihm die Rechte eines Universalerben gewährt, gesetzt auch der Erblasser behält sich die freie Disposition über einen Theil seines Vermögens vor. Ein hieher gehöriger Fall kam vor etwa 25 Jahren bei den Bayerschen Gerichten zur Sprache [89]). — Eine Frau

87) Vgl. Hasse a. a. O. S. 168 fgg. Nr. 3—5. — S. auch oben Note 42. 43. S. 61.

88) Auch die Streitigkeiten der Germanisten: ob der Vertragserbe die Schulden des Erblassers auch aus seinem eignen Vermögen zu zahlen verpflichtet sey? (Mittermaier Grundsätze §. 403 a. E. u. Eichhorn §. 344. Nr. I. a. E.) können wir hier auf sich beruhen lassen, da ja auch ein Testirer das Rechtsverhältniß der Miterben verschieden bestimmen darf.

89) Gönner welcher in der Eigenschaft eines Sachwalters die Giltigkeit der dem Erbvertrage folgenden testamentarischen Disposition vertheidigte, hat mancherlei über die Sache geschrieben. Zuerst in den Beiträgen zur Jurisprudenz der Teutschen (Erster Band Nürnb. 1810). Nr. IX. S. 230 fgg., sodann in einer eignen Brochüre,

höheren Standes übergiebt ihren verheiratheten Töchtern ihr gesammtes Vermögen per actum parentis inter vivos irrevocabilem, wie es in der darüber aufgenommenen Vertragsurkunde heißt, worin auch erklärt wird, daß die Erbschaft der Disponentin dadurch die Eigenschaft der Anfälligkeit erhalten habe. Sie behält sich jedoch über einen namhaften Theil des Vermögens (welcher übrigens den Pflichttheilsbetrag lange nicht erreicht) freie und ungehinderte Disposition vor, und ernennt darauf ihre Kammerfrau testamentarisch zur alleinigen Erbin ihres übrigen Vermögens, unter Bestimmung einiger Vermächtnisse; zugleich erklärt sie, daß sie ihren Enkeln (den Kindern ihrer inzwischen verstorbenen Töchter) keinen Pflichttheil mehr schuldig sey, indem sie den Töchtern ihr Vermögen bereits übergeben habe. Die Schwiegersöhne der Erblasserin impugnirten nun Namens ihrer Kinder das Testament wegen Präterition der Notherben. Die Entscheidung fiel zu Gunsten der Testamentserbin aus. Hauptsächlich wurde sie auf folgende Gründe gestützt: a) daß die Descendenten der Erblasserin nicht für präterirt gehalten werden konnten, da sie dieselben in dem

betitelt: über den Begriff eines Notherben und die Erlöschung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf teutsche Erbverträge vorzüglich nach dem römischen und Bayerischen Civilrecht. Landshut 1812. (Angehängt ist ein kurzes Gutachten von Glück über den Gegenstand). Ferner in dem Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums. Bd. IV. (Landsh. 1814) Heft III. Nr. IX. S. 435 fgg. — Diese Aufsätze haben in hohem Grade die Mängel aller Parteienschriften; sie sind überdies in einem höchst leidenschaftlichen Tone abgefaßt und die Geschichtserzählung ist weder vollständig noch durchaus zuverlässig.

Erbvertrage zu Universalerben erklärt habe; b) daß die Erblasserin in ihrem Testamente gar nicht über eine eigentliche Erbschaft oder universitas juris, sondern nur über eine universitas hominis verfügt habe, mithin die von ihr eingesetzte Erbin blos titulo singulari succedire[90]); c) daß überdies die Erwähnung der Descendenten in dem Testamente, oder die Berufung auf den Erbvertrag den Vorwurf der Prätecition ausschliesse. — Sehen wir nun einstweilen von der Frage ab: ob nicht die Enkelkinder aus ihrer Person, als nächste Notherben beim Tode ihrer Großmutter, das Testament anfechten konnten? so genügte schon der erste Grund zur Rechtfertigung des Erkenntnisses. Es ist nämlich ausser Zweifel, daß die Erblasserin ihr Vermögen den Töchtern titulo universali hinterlassen hatte; daneben durfte sie dann immer noch einen testamentarischen Universalerben ernennen. Zwar ist es möglich, daß der Verfasser der in dem Bayerschen Gesetzcodex enthaltenen Vorschrift,

90) Nicht nur bei Gönner (Begriff eines Notherben S. 161), sondern auch in dem Gutachten von Glück (Anh. zu der gedachten Schrift S. 4 fgg.) und in den Entscheischeidungsgründen des O. A. G. (Archiv Bd. IV. S. 449) findet sich diese Argumentation. Doch mißbraucht Glück nicht den Ausdruck universitas hominis, der hier ganz gewiß unpassend ist, da nach der Voraussetzung, von welcher die Vertheidiger des Testaments ausgehen, Gegenstand der Disposition überall kein wahres Begriffsganze seyn, sondern die Erblasserin nur über bestimmte Sachen und Summen verfügen konnte, mithin die wesentlichen Merkmale einer universitas rerum ganz fehlen. (S. meine Abhandl. über universitas juris und facti im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. Abh. XII. S. 372 fgg.)

die verzichtenden Notherben sollten jedenfalls in dem Pflichttheil instituirt werden, testamentarische Einsetzung gemeint habe [91]). Allein da der gesetzliche Ausdruck unbestimmt ist, so muß hier der Grundsatz zur Anwendung kommen, daß eine letztwillige Disposition im Zweifel allemal für rechtsbeständig zu halten sey [91a]). — Ueber den zweiten Grund läßt sich kein bestimmtes Urtheil abgeben, ohne Inhalt und Ausdruck der fraglichen Dispositionen genauer zu kennen, als dies aus den gedruckten Mittheilungen möglich ist. Hat es seine Richtigkeit, wie an mehreren Stellen, und selbst in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts angedeutet wird, daß die Descendenten der Erblasserin durch den Erbvertrag zu wahren Universalerben des ge-

91) Ja es ist dies sogar wahrscheinlich, da Kreittmayr in den Anmerkungen zu der gedachten Vorschrift (Bd. V. S. 1038. Nr. c.) ausdrücklich von Nullität des Testaments spricht, worin der verzichtende Notherbe nicht instituirt ist.

91a) Gönner (Begr. eines Notherben S. 79 u. 85) und Glück (angef. Gutachten S. 6) meinen, daß die Gegner sich auf diese Vorschrift des Bayerschen Rechts überall nicht beziehen dürften, indem das Gesetz nur von einem Erbverzicht (mit oder ohne Empfang eines Quantums) spreche, nicht aber von dem Falle, wo der Notherbe seinen Pflichttheil aus der Verlassenschaft wirklich erhalten habe. Indessen ein acquisitiver Erbvertrag der Notherben über eine Erbschaftsquote enthält allemal zugleich auch einen Erbverzicht. Auch verträgt sich jene Unterscheidung nicht mit den Worten der gesetzlichen Disposition. Richtiger nimmt daher das O. A. G. (Archiv S. 449) an, daß der gesetzlichen Vorschrift im vorliegenden Falle genügt sey.

sammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ihrer Mutter und Großmutter erklärt sind[92]), so würde allerdings das Object des Nachlasses etwas durchaus Bestimmtes, nämlich der Complexus der zur freien Disposition vorbehaltenen Vermögensobjecte seyn, da alsdann auch jeder künftige Erwerb, selbst Ersparnisse der Erblasserin ihren Vertragserben gehörten, folglich konnte die Testamentserbin nur die Rechte eines Vermächtnißnehmers erhalten[93]). Wo nicht? so hatte

92) Archiv a. a. O. S. 449. Indessen scheint dies eine bloße Schlußfolgerung aus der Erklärung der Disponentin zu seyn: sie übergebe ihr ganzes Vermögen in der Art ihren Töchtern, daß ihre Erbschaft gegenwärtig schon die Eigenschaft der Anfälligkeit erhalte; wodurch sie aber wohl nur dem förmlichen Notherbenrechte genügen, mithin ihre Descendenten gerade von dem Vermögen, was nicht mit in dem Uebergebenen begriffen war, ausschliessen wollte.

93) Zwar nicht wegen L. 13 C. *de heredib. inst.* (VI. 24) — denn s. Bd. 36 des Comment. S. 353. Note 93 —, auch nicht wegen der Bestimmung des Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 9. Nr. 7. 8 u. Cap. 7. §. 1. 2, worauf Glück a. a. O. sich beruft, indem sich hier keineswegs die Meinung anerkannt findet, daß der in re certa neben Anderen eingesetzte Erbe als Legatar zu behandeln sey, viel eher das Gegentheil; wohl aber, weil gegen den Inhalt eines Erbvertrags einseitige Verfügungen nicht gelten, wie dies zum Ueberfluß auch im Bayerschen Gesetzcodex ausdrücklich angeordnet ist, Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 11. Waren also die Vertragserben unserer Erblasserin, buchstäblich oder der Sache nach, zu alleinigen Universalerben ernannt, so konnte ihre nachmalige testamentarische Disposition über die vorbehaltenen Objecte immer nur Singularsuccession begründen.

die Erblasserin zwar der gesetzlichen Vorschrift durch die Bestimmung genügt, daß ihr Vermögen als Erbschaft ihren Descendenten angefallen seyn solle; im Uebrigen aber erhielte ihre Testamentserbin gerade die hereditas, das juris nomen [94]), oder den zur Zeit der Disposition noch nicht bestimmbaren Vermögenscomplex, wie er beim Tode der Erblasserin vorhanden seyn werde. — Schwerlich verdient aber der dritte Grund Billigung (die Descendenten seien nicht für präterirt zu halten, weil ihrer in dem Testament gedacht worden). Der Bayersche Gesetzgeber hat bei seiner Vorschrift die, ganz dem förmlichen Notherbenrechte angehörige Bestimmung des gemeinen Rechts vor Augen gehabt: der Zwangserbe müsse zum Erben eingesetzt werden, was bekanntlich von Manchem so verstanden wird: er müsse im Pflichttheil eingesetzt werden [95]). Wenn man nun auch die Giltigkeit einer Erbeseinsetzung nicht mehr von bestimmten Formen und Ausdrücken abhängig machen darf, so müssen doch die gebrauchten Ausdrücke möglicherweise die Bedeutung einer solchen Verfügung haben können; das aber ist gewiß nicht der Fall, wenn der Testirer blos erklärt, daß er eine Erbeseinsetzung nicht für nöthig halte.

B) Der Notherbe kann also auf sein Recht wirksam verzichten. Aber bindet dieser Verzicht denn auch diejenigen, welche, nachdem der Verzichtende mit Tode abgegangen ist, die nächsten Notherben beim Tode des Erblassers sind? So allgemein gestellt wird man die Frage wohl unbedenklich verneinen müssen. Wer Noth-

94) L. 119. L. 208 D. *de V. S.*

95) Vgl. Bd. 35 des Comment. S. 317 fg. Note 39. Bd. 37. S. 189 fg. u. das. Note 74.

erbe sey? ist nach der Todeszeit des Erblassers zu bestimmen; daher hilft es denn bekanntlich nichts, daß ein bei der Testamentserrichtung vorhandener Notherbe eingesetzt ist, wenn dieser vor dem Testirer stirbt und bei des Letzteren Tode Andere vorhanden sind, welche nur so lange Jener ihnen im Wege steht, auf Berücksichtigung keinen Anspruch zu machen haben[96]). Daß dieß auch im heutigen Rechte anerkannt ist, wird hier nicht erst erwiesen werden dürfen, und da ebenfalls feststeht, daß Notherbenrechte so wenig durch Erbverträge, als durch Testament verletzt werden können, so folgt von selbst die Unverbindlichkeit renuntiativer Erbverträge der nächsten Notherben für die entfernteren; das Recht der Letzteren, sobald es sein Daseyn erhalten hat, ist ein selbstständiges, es kann ihnen also durch Verzicht oder Abfindung der vorgehenden Notherben nicht entzogen werden, indem diese ein ausschließliches Recht nur unter der Voraussetzung haben, daß sie beim Tode des Erblassers die Nächsten sind[97]). In der That ist dies auch von jeher die gemeine und in der Praxis anerkannte Meinung gewesen[98]), und die Gründe, worauf sich die entgegenstehende Theorie stützt[99]), sind nicht schwer zu

96) S. Bd. 36 des Commentars S. 160 fgg. Nr. C.

97) Vgl. Nieper diss. de success. pactitia §. 11. p. 32 sq.

98) *Dan.* Mevius ad Rubr. jur. Lub. Lib. II. Tit. 1. Nr. 88 sqq. *Sam.* Stryk succ. ab int. Diss. VIII. Cap. X. §. 76. *Jo. Ulr.* Cramer de pacto hereditario renunciativo filiae nobilis. Tr. I. Marb. 1731. §. 51.

99) S. dieselben bei Stryk (welcher diese Ansicht theoretisch für die richtigere erklärt) l. l. §. 77. u. Gönner über den Begriff eines Notherben S. 17. 79. 83. 104 u. a. a. Stellen.

widerlegen. Man meint nämlich a) schon im römischen Rechte sey eine Antizipation der Erbfolge beim Leben des Erblassers möglich gewesen, und darum denn auch für die Fälle einer solchen Antizipation nach der Zeit derselben die Nähe zu bestimmen. Allein Beides, der Vordersatz wie die daraus gezogene Folgerung, ist gleich falsch. Nicht von Antizipirung des Erbrechts, sondern nur von der Erbtheilung spricht das röm. Recht [100]), und eben so wenig heißt es, daß die Zeit der vorgenommenen Theilung der Delation gleich gelte, also auch das Näherrecht darnach zu bestimmen sey; vielmehr wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Abzutheilenden auch wirklich ein Erbrecht haben müssen [1]). Erbrecht aber an dem Vermögen eines Lebenden ist eine der größten Anomalieen, die ohne ausdrückliches positives Gesetz gewiß nicht angenommen werden darf. — b) Beruft man sich auf den Grundsatz, daß bei Verträgen die gegenwärtige Zeit, d. h. die Zeit der Abschliessung des Vertrags über den Erwerb des Rechts entscheide [2]). Dies ist an sich auch ausser Zweifel. Allein verzichtet man auf ein noch nicht angefallenes Recht, so versteht sich dabei die Bedingung des wirklichen Anfalls allemal von selbst. Ueberhaupt aber beruht es auf einer Verkennung der Natur des Erbvertrags, wenn man darauf so schlechthin die

100) L. 21. C. *fam. ercisc.* III. 36. („Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis — — suam declaraverit voluntatem" u. s. w.) L. ult. *eod.*

1) L. ult. C. cit. („Inter omnes *duntaxat heredes suos*, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse" — u. s. w.)

2) Stryk l. l. §. 77. — Vgl. unten die Note 4.

für gewöhnliche Verträge geltenden Grundsätze anwenden will [3]). Der Grundsatz: non datur hereditas viventis gilt auch für Erbverträge, der eigentliche Gegenstand oder Inhalt eines verzichtenden wie eines erwerbenden Erbvertrags ist daher allemal nach dem Zeitpunct zu bestimmen, wo der Erblasser mit Tode abgeht [4]). Da-

3) Hasse über Erbvertrag u. s. w. S. 200—211. (Nr. 1—10)

4) S. Stryk l. l. §. 77. — Gönner a. a. O. S. 17 argumentirt hier auf folgende Art: „Sobald ein Erbvertrag bei Lebzeiten des Erblassers die Gesammtheit seines gegenwärtigen und künftigen Vermögens als Erbschaft an die Erben überträgt, wird der Todesfall des Erblassers durch Vertrag noch bei dessen Lebzeiten antizipirt; hier ist der Zeitpunct des Vertrags auch der Zeitpunct seines juristischen Todes." Er beruft sich dabei auf Kreittmayr's Anmerkung zu Th. III. Tit. 1. §. 2. Nr. 4. Litt. d. (Bd. V. S. 844), die er eine im wahren wissenschaftlichen Geiste geschriebene Stelle, einen Beweis nennt, wie ein denkender Rechtsgelehrter Prinzipien eines fremden Rechts auf vaterländische Institute anwenden müsse. — Nach dieser Tirade erwartet man jedenfalls etwas Anderes bei Kr., als eine bloße Anwendung der bekannten Begriffe von pacta successoria simplicia und mixta. Diese seien per actum ultimae voluntatis gemacht, folglich erhalte das Geschäft erst durch den Tod des Erblassers seine Kraft und Wirkung. Jene aber begründen regelmäßig sofort ein unwiderrufliches Recht, folglich ergebe sich der Anfall nicht erst mit dem Tode der Paciscenten, sondern gleich durch den Vertrag selbst. Diese letztere Bemerkung geht lediglich auf das jus quaesitum des Vertragserben, und ist noch sehr weit von der Behauptung Gönners entfernt, daß der Erbvertrag einen juristischen Tod des Erblassers begründe, oder wie er sich an einem anderen Orte (das. S. 79) ausdrückt: wer seinen Erbtheil erlangt habe,

mit fällt denn auch c) ein dritter Grund von selbst hinweg, daß nämlich die Anerkennung verzichtender Erbverträge im neueren Rechte nicht habe geschehen können, ohne dem Verzicht der nächsten Erben die Wirkung beizulegen, auch die folgenden auszuschliessen [5]). Dann dürfte man auch auf die Art argumentiren: weil ein Testirer nur die zur Zeit der Disposition vorhandenen Notherben zu berücksichtigen verpflichtet ist, so darf er sich, wenn dies geschehen ist, der Giltigkeit seines letzten Willens stets versichert hatten, ohne eine Zerstörung desselben durch nachgeborne oder nachrückende Notherben befürchten zu dürfen! So wie hier die Giltigkeit des Te-

der trage gleich der Taufe den unauslöschlichen Character eines Erben für alle Zukunft an sich. Wer freilich solche Vordersätze für wahr halten kann, dem ist auch die Behauptung zu verzeihen: wenn Jemand durch einen Erbvertrag über sein Vermögen verfügt habe, so hinterlasse er bei seinem Tode keine Erbschaft, also auch keine Notherben, indem die letzteren ohne Existenz einer Erbschaft gar nicht gedacht werden könnten u. s. w. (S. 104. 105). Worauf Gönner ein so großes Gewicht legt, daß die Uebergabe des Vermögens schon bei Lebzeiten der Erblasserin erfolgt sey, ist für die juristische Bedeutung der hier anzuwendenden Begriffe völlig irrelevant. Wenn Jemand sein Vermögen nach röm. Rechte unter seine präsumtiven Erben theilt, so wird das Vermögen doch erst Erbschaft mit dem Tode des Erblassers; eine mortis causa donatio verändert ihren rechtlichen Character dadurch nicht, daß die Uebergabe auf der Stelle erfolgt, und auf ähnliche Art verhält es sich denn auch hier, ausser daß das Recht selbst dem Vertragserben unwiderruflich erworben ist, soferne das gesetzliche Recht der Notherben damit bestehen kann.

5) Darauf legt insonderheit Stryk a. a. O. grosses Gewicht.

staments, so ist auch die der Erbverzichte davon abhängig, daß diejenigen die Nächsten bleiben, welche es zur Zeit der Disposition waren[6]).

So wie indessen einem Testirer die eventuelle Berücksichtigung seiner Postumen möglich ist, eben so können auch die entfernteren Notherben einem Erbverzichte beitreten, ob gleich Anfangs oder hinterher, ist hier gleichgiltig, falls es nur auf die rechte Art geschieht; sie selbst also, oder diejenigen, durch welche sie rechtsgiltig vertreten werden, müssen ihre Einwilligung erklären. Daher ist denn auch ein Verzicht des nächsten Notherben selbst alsdann nicht verbindend für den entfernteren, wenn es zwar ausdrücklich auf diesen mit erstreckt ist, jedoch ohne ihn oder seine Vertreter dabei zuzuziehen[7]). Wie aber, wenn der Verzicht ausdrücklich auf die Erben des Verzichtenden gerichtet und diese auch wirklich Erben geworden sind? Alsdann hält man auch ohne deren Zustimmung den Verzicht für wirksam, weil ein Erbe die Handlungen seines Erblassers anerkennen müsse[8]). In dieser Allgemeinheit ist aber die Behauptung schwerlich für richtig zu halten. Man denke sich z. B. den Fall, daß der Sohn des Erblassers gegen eine Abfin-

6) Diese Sätze auch auf die Erbverzichte der Töchter anzuwenden, steht an sich nichts entgegen, falls dergleichen Verzichte nicht als bloße Form (oder höchstens Cautel) in Ansehung solcher Vermögenstheile vorkommen, von deren Succession Töchter ohnehin ausgeschlossen sind. Vgl. Stryk l. l. §. 80. — Cramer Tr. cit. §. 2 sqq. §. 36. §. 38. — Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 405. Maurenbrecher Lehrb. §. 569.

7) Dies wird selbst von Stryk a. a. O. §. 79 anerkannt.

8) Stryk l. l. §. 79. Cramer Tr. cit. §. 52.

dung für sich und seine Descendenz verzichtet, aber vor dem Vater mit Hinterlassung eines durchaus geringen Vermögens stirbt und dieser nun seinen beträchtlichen Nachlaß durch Testament dritten Personen zuwendet. Hier anzunehmen, daß die Enkel auf die Erbschaft ihres Vaters Verzicht leisten müßten, um das grosväterliche Testament anfechten zu können, würde eben so wenig mit der Billigkeit zu vereinigen seyn, als mit der rechtlichen Consequenz, welche es mit sich bringt, daß einem Notherben die gesetzlich ihm zustehenden Rechte, weder direct noch indirect, anders als unter Beobachtung der rechtlichen Vorschriften entzogen werden dürfen. Ja selbst, wenn die Erbschaft des verzichtenden Vaters hinreichend ist, um den Kindern desselben ausser der davon ihnen gebührenden Legitima den Betrag des grosväterlichen Nachlasses zu gewähren, würde Jener nach streng juristischen Grundsätzen seinem Verzichte doch nur auf dem Wege Wirksamkeit verschaffen können, daß er seine Kinder im Testamente gehörig einsetzt, mit der Auflage, an die grosväterliche Erbschaft keinen Anspruch zu machen [9]). Zwar könnte man sagen: auch als Intestaterbe ist der Notherbe verpflichtet, Verfügungen über seine Rechte jedenfalls insoweit anzuerkennen, als er durch die ihm hinterlassene Erbschaft dafür hinreichend entschädigt ist; in der That zweifle ich auch nicht, daß die Römer, wären ihnen verzichtende Erbverträge bekannt gewesen, in dem so eben angenommenen Falle eine doli exceptio gegen die Klage der Enkel gegeben haben würden. Nur kann nach meinem Dafürhalten auf diesem Wege immer

9) Arg. L. 17. §. 1. L. 27. §. 8—10. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1). — Hasse über Erbvertrag u. s. w. Cap. IV. im Rhein. Mus. Bd. III. S. 524 fgg. (Nr. 41—56).

nicht dem förmlichen Notherbenrechte genügt werden, welches den Enkeln an der Verlassenschaft des Grosvaters zusteht. Wirksam würde also die doli exceptio nur seyn, wenn die Enkel in der väterlichen Erbschaft nach Abzug der Legitima noch den vollen Werth des grosväterlichen Nachlasses finden; denn um auf den Pflichttheil von diesem Nachlasse eingeschränkt zu werden, ist eine testamentarische Verfügung des Grosvaters nothwendig. In jedem Falle aber muß der Verzicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt werden, damit gegen diese daraus excipirt werden könne; denn sonst handlen die Erben ja nicht gegen den Vertrag ihres Erblassers, wenn sie ihr selbstständiges Notherbenrecht geltend machen [10]).

Bei dem erwähnten Bayerschen Erbfall kam auch die so eben erörterte Frage zur Sprache; aber auch hier ist das thatsächliche Verhältniß nicht klar. Gewiß ist, daß beim Tode der Erblasserin deren Töchter bereits verstorben und Enkel von ihnen als Notherben an deren Stelle getreten waren. Ob in dem Erbvertrage, oder der s. g. unwiderruflichen Erbschaftsüberlassung, der Enkel überhaupt gedacht war, oder nicht, läßt sich aus den mitgetheilten factischen Umständen nicht genau ersehen. Soviel ist ausgemacht, daß die Testamentserbin sich hier nicht auf die Vorschrift des Bayerschen Rechts berufen durfte: der Pflichttheil könne nur einmal aus einer Verlassenschaft prätendirt werden, weshalb denn der Enkel von der ahnherrlichen Verlassenschaft unter dem Vorwande der Legitima nichts mehr begehren könne, nachdem sein Vater sie schon einmal daraus erhalten habe [11]).

10) Vgl. Nieper diss. cit. p. 33 sq.

11) Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. III. §. 15. Nr. 10.

Diese Bestimmung wäre freilich besser weggeblieben, da sie leicht misverstanden werden kann, und was damit gesagt seyn soll sich von selbst versteht. Dies aber kann kein Grund seyn, sie mit Gönner[12]) so zu verstehen, daß die Auszahlung des Pflichttheils an den nächsten Notherben beim Leben des Erblassers auch den entfernteren allemal ausschliesse. Das Gesetz spricht von testamentarischer Zuwendung des Pflichttheils. Hat der Notherbe durch Testament seinen Pflichttheil erhalten (also nach dem Tode des Testirers), so können die von ihm ausgeschlossenen gesetzlichen Erben nicht von derselben Erbschaft ebenfalls noch einen Pflichttheil fordern. Daß dies gemeint sey, wird durch den Zusatz ausser Zweifel gesetzt: „Wol hingegen gebührt ihm selbe noch von väterlicher Verlassenschaft." Concurrirten daher die Enkel nicht bei dem Erb- oder Ueberlassungsvertrage als mitpaciscirende Personen, so konnte ihrem selbstständigen Notherbenrechte durch den inter alios geschlossenen Vertrag immer nichts vergeben werden.

C) Es fragt sich nun noch: ob nicht in dem Erbvertrage mit einem Dritten eine Berücksichtigung des Notherbenrechts durch Zuwendung des dem Notherben gebührenden Pflichttheils möglich ist? — Wir haben oben (S 70) gesehen, daß auf diese Weise Verfügungen nach Art der Vermächtnisse wirksam angeordnet werden können, da die Analogie der sub modo donationes hier keineswegs unpassend ist. Sofern daher eine formelle Berücksichtigung des Notherben im Testamente nicht erfordert wird, ist es ganz unbedenklich, ihn durch eine solche Zuwendung des Pflichttheils für abgefunden zu erklären. Verlangen aber die Gesetze förmliche Ein-

12) Ueber den Begriff eines Notherben S. 83 fgg.

setzung des Notherben, so kann dieser freilich in einem Erbvertrage nicht genügt werden. Ist man indessen der Meinung, daß die Rechtsregel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest heut zu Tage nicht mehr zur Anwendung komme, so läßt sich allerdings eine Verfügung der Art, wodurch der Erblasser dem Notherben seinen Pflichttheil vorbehält (gleichviel unter welchen Ausdrücken dies geschieht) so aufrecht halten, daß man sagt: der Erblässer hat die gesetzliche Erbfolge nicht vollständig ausgeschlossen, — er hat also über den Theil, auf den der Notherbe einen bestimmten Anspruch hat, überall nicht verfügt[13].

D) Wenn dagegen Manche auch die Enterbung eines Notherben im Erbvertrag für zulässig achten, so ist dies nach gemeinrechtlichen Grundsätzen schlechterdings nicht zu vertheidigen[14]. Erbeinsetzungen und Enterbungen können nach einer bekannten Regel des römischen Rechts nur in eigentlichen Testamenten erfolgen, und die Giltigkeit dieser Regel auch in Deutschland hat nicht nur die Vermuthung für sich, sondern stimmt auch mit dem Grundsatze überein, daß durch Verträge die Rechtsverhältnisse dritter Personen direct nicht bestimmt werden dürfen[15]. Nun ist zwar die Wirkung einer Erbesein-

13) So entschied die Göttinger Juristen-Facultät i. J. 1738. S. *Tob. Jac.* Reinharth sel. observat. ad *Paul. Christinaei* decisiones. Vol. IV. Obs. 68. p. 104 sq.

14) Das Gegentheil, aber ohne Gründe anzuführen, behauptet Mayer diss. cit. (an et quatenus princ. jur. Rom. de succ. nec. ad pacta succ. appl. poss.) §. 18 Note x. p. 21 sq.

15) L. 27. §. 4 in f. D. *de pactis*. L. 73 in f. L. 74 D. *de regul. jur.* — Ueber die regelmäßige Giltigkeit die-

setzung allenfalls auf indirectem Wege zu erreichen (s. die Ausführung unter C), für Enterbungen ist aber ein solcher Ausweg überall nicht denkbar; es muß daher um so mehr bei der Regel bleiben, da auch dem heut zu Tage geltenden Rechte das Prinzip nicht fremd ist, daß Enterbungen nicht zu begünstigen sind [16]). Die Zulässigkeit einer Enterbung in Erbverträgen muß mithin als besonderes Recht von dem, der sie behauptet, erwiesen werden, und allerdings finden sich in einigen älteren Statuten Bestimmungen, welche nur von einer Enterbung durch Erbverträge verstanden werden können. So heißt es in den Wormser Statuten von 1498 bei Gelegenheit der Aufzählung der Enterbungsursachen: „In diesen nachfolgenden Fällen und Ursachen mögen die — Kinder entsetzt oder enterbt werden durch Testament und Gescheft;" ferner: „Also daß sölich Enterbung und Ursache in dem Testament oder Gescheft — bestimmt — — werde" [17]). Offenbar werden hier beide Ausdrücke so entschieden einander entgegengesetzt, daß, wenn der Verfasser des Statuts sich überhaupt etwas Bestimmtes hierbei gedacht hat, der letztere nur auf Vertrag bezogen werden kann [18]).

III. Es soll jetzt noch kürzlich des möglichen Ein-

ses Grundsatzes auch im heutigen Recht s. oben Note 56. S. 68.

16) L. 19 D. *h. t.* — Vgl. Bd. 36 des Comment. S. 293. S. 414. S. 427. Bd. 37. S. 227.

17) Wormſ. Reform. Buch IV. Th. 3. Tit. 4. — Ganz ähnlich ist die Bestimmung der Nürnberger Reformation v. 1522. Tit. XV. Art. 2. Bl. 103 a. In der späteren Redaction von 1564 ist diese Bestimmung weggelassen.

18) S. oben S. 13 dieses Bandes Note 28.

flusses gedacht werden, welchen gewisse Verträge indirect auf das Notherbenrecht, besonders der nicht mit paciscirenden Personen haben können; ich meine hier die Eingehung einer Einkindschaft und die Eheverträge, welche bisher noch gar nicht erwähnt, oder doch nur höchst beiläufig berührt wurden.

1) Durch die Einkindschaft (unio prolium) treten mehrere Descendenten-Stämme zu den unirenden Eltern in Beziehung auf ihr Erbrecht in das Verhältniß, als ob sie von den nämlichen Eltern wirklich abstammten [19].

19) Ich habe hier nur die Wirkung der Einkindschaft erwähnt, welche davon nicht getrennt werden kann, und sich auch in allen Gesetzen, die das Institut billigen, so wie bei allen Schriftstellern anerkannt findet. Abgesehen nämlich von einem für die Kinder der einen oder der anderen Ehe etwa bedungenen s. g. Voraus beerben die unirten Kinder die eine Einkindschaft stiftenden Ascendenten, als wenn sie sämmtlich von diesen wirklich abstammten (Vgl. Paetz Diss. de success. universali per pactum promissa §. 17. p. 33). Streitig ist es a) ob auch die Stiefeltern ein Erbrecht gleich den leiblichen Eltern erhalten, und b) ob die verschiedenen Descendenten-Stämme selbst in erbrechtlicher Beziehung zu einander in das Verhältniß leiblicher Geschwister treten? Die Particularrechte und Statuten weichen hierüber eben so sehr von einander ab, als die Rechtsgelehrten. Bejaht man die Fragen, so ist dadurch denn auch zugleich die mögliche Beeinträchtigung der regelmäßigen Notherbenrechte durch Einkindschaft in einer weiteren Ausdehnung anerkannt; in den Grundsätzen selbst ändert dies nichts. Beiläufig mag nur bemerkt seyn, daß den Stiefeltern meistens, den Stiefgeschwistern seltner ein Successionsrecht zugestanden wird. S. z. B. die Mainzer Constitution v. J. 1534 (s. die Forts. von Danz Commentar zu Runde Bd. VIII. S. 168 fg.),

Die Eingehung derselben setzt allemal voraus, daß we-

vgl. mit dem Mainzer Landr. v. 1755 Tit. 2. §. 17 (Bemerkenswerth ist, daß den Stiefeltern hier gleichmäßige Intestaterbrechte mit den leiblichen zugestanden werden, nur diesen aber Notherbenrechte, s. das. §. 17). Solmsches Landr. v. 1571 Tit. 20. §. 11 u. §. 14. Frkf. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 20. 21. Pfälz. Landr. Th. II. Tit. 25. Art. 3 u. 5. Untergerichtsordnung des Herzogth. Zweibrücken v. 1722. Tit. 105. Art. 10. 12. Wimpfner Stadtr. Th. I. Tit. 6. §. 6. Allg. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 2. §. 720. („Die Absicht der Einkindschaft ist, daß zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern die persönlichen Rechte und Pflichten, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern, ingleichen wechselseitige Successionsrechte hervorgebracht werden sollen"); vgl. das. §. 752. — Seltner ist auch den unirten Geschwistern ein Erbrecht zugestanden (wie z. B. im Bamb. Landr. v. 1769. Th. II. Cap. 1. Tit. 3. §. 6, wo übrigens auf nicht sehr verständliche Weise zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Einkindschaft unterschieden wird, vgl. (Schott) Forts. von Danz Th. VIII. S. 178 fgg.); oder es ist auch umgekehrt den unirenden Ascendenten Erbrecht abgesprochen (z. B. im Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 9. Art. 11.), was jedoch ebenfalls sich selten findet. In dieser Uebereinstimmung der meisten Particularrechte erblicken denn auch die älteren Rechtslehrer, und wie ich glaube mit Recht, ein Zeugniß darüber, wie man dies Institut von jeher in Deutschland zu betrachten pflegte, — man kann also wohl sagen, ein Zeugniß über den gemeinrechtlichen Character desselben (so z. B. Stryk succ. ab int. Diss. VIII. Cap. VI. §. 19; Pufendorf observat. jur. univ. T. I. obs. 200. §. 23 u. §. 52). Dagegen neigen sich die Neueren dahin, das Successionsrecht der Stiefeltern (welches allerdings noch zu mehreren Abweichungen vom römischen Rechte führt) als bloße Ausnahme anzusehen und ausdrückliche

nigstens schon aus einer frühern Ehe Kinder vorhanden sind; es können aber auch mehrere Stämme auf diese Weise mit einander vereinigt werden, nämlich zusammengebrachte Kinder (s. g. comprivigni) und diejenigen, welche aus der Ehe zwischen den Eltern derselben erzeugt werden. Ob die Einkindschaft die Wirkung der Adoption habe[20]), ob sie ein wahrer Erbvertrag sey[21]), ob die unirten Kinder auch von den unirenden Stiefeltern, wie wenn diese leibliche Ascendenten derselben wären, enterbt werden können[22])? dies sind Fragen, die hier nicht wesentlich in Betracht kommen. Wir haben es lediglich mit der Frage zu thun: ob und inwieferne eine Schmälerung oder wohl gar eine Entziehung von

Anerkennung desselben in Landes- und Stadtgesetzen zu erfordern. M. s. namentlich (Schott) Fortsetzung von Danz Bd. VIII. §. 676 l. S. 226 fg. Eichhorn Einleit. §. 348. Nr. III. Note m. u. Mittermaier Grundsätze §. 322. Nr. IX. 2. Die älterere Ansicht trägt jedoch wieder vor Maurenbrecher Lehrb. §. 514. Nr. 1 b.

20) Dies ist die gewöhnliche Ansicht der romanisirenden Statuten, so wie der älteren Juristen, wenn sich gleich diese Ansicht begreiflich nicht consequent durchführen läßt. M. vgl. hier die in (Schott) Fortſ. von Danz Bd. VIII. §. 674 a. fgg. aus Quellen und Schriftstellern zusammengetragenen Notizen.

21) Vgl. Eichhorn Einleit. §. 348. Nr. I. u. Maurenbrecher Lehrb. §. 513.

22) Wird gewöhnlich verneint. Stryk l. l. §. 29. Pufendorf l. l. §. 50. 51. *C. H.* Breuning qu. an unio prolium adimat jus testandi paciscentibus. Lips. 1771. 4. §. 6. Mittermaier Grundſ. §. 322. Nr. VIII. Eichhorn Einleit. §. 348. Nr. III. 2. Maurenbrecher Lehrb. §. 514. Nr. 1 a. u. Note V.

Notherbenrechten dadurch möglich werde, ohne daß die Betheiligten dagegen ein Rechtsmittel haben? Diese Frage aber ist zu bejahen, insofern nicht Particularrechte abweichende Bestimmungen haben. Denn erstlich kann die Einkindschaft in der Regel nicht aus dem Gesichtspunct der Inoffiziosität (wegen Verletzung des Pflichttheilsrechts) angefochten werden [23]. Zwar ist auch wegen Vermögensverminderung durch Geschäfte unter Lebenden eine solche Anfechtung möglich, indessen müssen diese Geschäfte doch jedenfalls in die Kategorie derjenigen gehören, wodurch der Erwerber ohne alle Vergeltung oder Gegenleistung von seiner Seite (also titulo lucrativo) etwas erhält; wenn Jemand durch Leichtsinn, Uebereilung oder durch gewagte Geschäfte sich auch ganz und gar um das Seinige bringt, so erhalten deshalb doch seine Notherben noch kein Klagerecht wider Diejenigen, welche dadurch einen Gewinn gemacht haben [24]. Angenommen also, ein reicher Mann schließt ein Ehebündniß mit einer vermögenslosen aber kinderreichen Wittwe, unter Eingehung einer unio prolium; weder die aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder, noch die Vorkinder, welche der Mann aus einer früheren Ehe erzeugt hat, können sich hier über Verletzung ihres Pflichttheilsrechts beschweren, da Einkindschaftsverträge keine Schenkungen sind. Nur ein möglicher Grund einer Inofficiositätsklage läßt sich hier denken: wenn nämlich eine offenbar lieblose und betrügliche Absicht der Eingehung

23) Vgl. überhaupt *C. H.* Breuning qu. an unio prolium tanquam inofficiosa rescindenda sit. Lips. 1773. 4.

24) Paul Lud. Kritz Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts. Leipz. 1824. S. 128 fgg. u. Bd. 36 des Comment. S. 78 fg.

des Einkindschaftsvertrags zu Grunde liegt. Wer sich zu einem solchen Vertrage bestimmen läßt, wohl wissend, daß für seine Kinder daraus nur eine Schmälerung der ihnen gesetzlich gebührenden Rechte, ohne die geringste Aussicht auf Entschädigung, entstehen könne, der handelt in fraudem legis; sein Vertrag hat mithin die Bedeutung einer Schenkung und ist gleich dieser zu rescindiren, wie dies ja auch in anderen Fällen angenommen ist, wo hinter einem onerosen Vertrag der animus donandi verborgen liegt[25]). Immer aber kann dieser Anfechtungsgrund auf nachgeborne Kinder nicht bezogen werden, da in Ansehung dieser eine lieblose Gesinnung des unirenden Ascendenten sich nicht denken läßt[26]), und auch die Vorkinder, welche regelmäßig an dem Vertrage Theil nehmen[27]), haben dies Recht nur, sofern ein besonderer Grund zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Vertrag vorhanden ist[28]). Ein

25) L. 38 D. *de contrah. emt.* XVIII. 1. L. 5. §. 5. L. 31. §. 4. 5 D. *de donat. int. V. et U.* XXIV. 1. L. 3 C. *de postul.* II. 6.

26) Arg. L. 5 C. *de inoffic. donat.* III. 29. S. Bd. 36 des Comment. S. 59 fgg.

27) Pufendorf l. l. §. 25—29. Eichhorn Einleit. §. 348. S. 846. Mittermaier Grundsätze §. 322. Nr. I. Maurenbrecher Lehrb. §. 512. S. 663. Nr. I.

28) S. hierüber die Lehre von der Aufhebung der Einkindschaft in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts. Vgl. auch Griesinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht zu Th. III. Tit. 9. Bd. V. S. 302 fgg. §. 77. — Uebrigens ist bisweilen wohl gar gesetzlich bestimmt, daß die Rechtswohlthat der Restitution wegen minderjährigen Alters hier nicht Statt habe. S. Triersches Landrecht v. 1713. Tit. IX. §. 9.

Anderes ist, wenn die Verletzung im Pflichttheil ausdrücklich als ein Grund, den Einkindschaftsvertrag anzufechten, in Particularrechten angegeben ist [29]). Hier kommt die Absicht des unirenden Ascendenten natürlich nicht weiter in Betracht, sondern nur die Verletzung. Von selbst versteht sich aber, daß in allen Fällen, wo wegen verletzten Pflichttheils der Vertrag angefochten werden kann, nicht der Stand des Vermögens, wie er bei Errichtung der Einkindschaft beschaffen ist, zu berücksichtigen ist, sondern dabei auf die Todeszeit des Erblassers gesehen werden muß, indem durch diesen Vertrag ja nicht das gegenwärtige Vermögen desselben verringert wird, wie dies bei gewöhnlichen Schenkungen der Fall ist.

Es kann aber auch **zweitens** das Notherbenrecht gewisser Personen durch Einkindschaft vernichtet werden, oder wenigstens eine Zurücksetzung erhalten, ohne daß sie sich dieserhalb beschweren dürfen. Gedenkbar ist dies nur in Beziehung auf die Ascendenten und Geschwister [30]) der unirenden Eltern, indem ja durch den Vertrag das *jus succedendi* der Descendenten und ihrer leiblichen Geschwister überall nicht berührt wird. Ist es nun ausgemacht, daß die unirten Descendenten-Stämme hinsichtlich ihres Erbrechts zu den Stiefeltern in das Verhältniß treten, wie wenn sie von diesen in rechter Ehe erzeugt wären, so folgt ganz von selbst, daß sie die sämmtlichen Verwandten derselben in der aufsteigenden und der Seitenlinie ausschliessen. Ein Anderes ist es, wenn Par-

29) Dies ist z. B. im Würtemb. Landr. geschehen, Th. III. Tit. 9. §. 14. 15.

30) Und für diese dürfte doch wohl die bekannte Regel, daß sie nur beim Vorzug einer turpis persona eine wirksame Klage haben, hier in höchst seltenen Fällen zu treffen.

ticularrechte zur wirksamen Ausschliessung der Erbrechte wirklicher Verwandten eines Paciscenten deren Einwilligung erfordern [31]). Wo dies aber nicht ausdrücklich geschehen ist, da bringt es die Anerkennung dieses Instituts von selbst mit sich, daß Diejenigen, welche durch den Vertrag die Rechte leiblicher Descendenten erhalten, entfernteren Verwandten vorgehen [32]). Und ein Gleiches gilt denn natürlich auch für die unirenden Ascendenten, wenn das Gesetz ihnen an dem Vermögen sämmtlicher Descendenten-Stämme das Erbrecht leiblicher Ascendenten ertheilt; die Stiefeltern schliessen hier als die nächsten Ascendenten, die entfernteren leiblichen Ascendenten der Kinder aus [33]). In Ansehung des von der Einkindschaft ausdrücklich ausgenommenen Vermögens kommen übrigens die regelmäßigen Erbfolgegrundsätze zur Anwendung.

31) Dies ist z. B. der Fall im Preuß. Landr. a. a. O. §. 728. 729. wo es heißt: „Hat Einer oder der Andere der die Einkindschaft errichtenden Ehegatten Verwandte in aufsteigender Linie, so muß er die Einwilligung derselben beibringen. Ist diese nicht erfolgt, so bleibt solchen Ascendenten ihr Recht auf den Pflichttheil von dem künftigen Nachlasse des die Einkindschaft schliessenden Abkömmlings vorbehalten."

32) Uebrigens sind Manche der Meinung, daß, auch ohne gesetzlich vorgeschrieben zu seyn, nicht blos die leiblichen Ascendenten der Unirenden, sondern alle Intestaterben einwilligen müssen (s. z. B. PUFENDORF observ. T. I. obs. 200. §. 31 sqq. u. T. IV. obs. 191.); was schwerlich dem Geist des Instituts gemäß ist.

33) Wenn durch den Vertrag das Verhältniß leiblicher Geschwister für sämmtliche unirte Descendenten-Stämme entsteht, so werden natürlich auch die in der vierten Classe der Justinianischen Intestaterbfolgeordnung stehenden Collateralen von Stiefgeschwistern ausgeschlossen.

2) Von den, dem römischen Rechte bekannten Ehevverträgen haben die meisten Aehnlichkeit mit einem Erbvertrage die pacta de lucranda dote, und sind auch wohl schon damit verwechselt worden (s. Note 41); wahrscheinlich gab diese Aehnlichkeit denn auch bei den Römern die Veranlassung, dem Ehemann bisweilen in Dotalverträgen die Erbfolge an dem Vermögen der Frau zuzusichern, weshalb man sich denn genöthigt sah, den Grundsatz einzuschärfen, daß durch Vertrag kein Erbrecht begründet werden könne. So heißt es in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian: Hereditas extraneis (d. s. hier diejenigen, welche kein Intestaterbrecht haben) testamento datur. Quum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur[34]. Ihre dos kann die Frau also dem Ehemann auf den Todesfall zusichern[35], nicht aber Erbrecht. Nun konnte eine Frau

34) L. 5. C. *de pact. convent. tam super dote, quam super donat. a. n.* V. 14. — Auch über das Beerbungsrecht der Kinder konnte nicht einmal durch Dotalverträge etwas festgesetzt werden; L. 15. C. *de pactis* II. 3. — *J. H.* Böhmer in der unten (Note 37) angeführten Dissertat. Cap. I. §. 5.

35) Ausgenommen werden nämlich die „bona, quae dotis titulo non sunt obligata", d. h. diejenigen, woran der Mann kein Dotalrecht erhalten hat. S. das Schol. u. in f. ad tit. Basilic. XXIX. 5., ed. Fabr. P. IV. pag. 710.

ihr ganzes Vermögen dem Manne als dos zubringen[36]), und natürlich mußte in diesem Falle das pactum de lucranda dote so gut gelten, wie in jedem anderen. Aber auch in diesem Falle ist der Mann nur Singularsuccessor[37]), und es tritt hier für ihn ein ähnliches Recht ein, wie wenn Jemand ein gesammtes Vermögen mortis causa geschenkt erhält[38]). Auch wenn die Ehefrau nichts weiter hinterläßt, als was sie ihm zugebracht hat, so darf er weder auf die Rechtsmittel eines Universalerben Anspruch machen, noch als Erbe mit den Schulden belastet werden[39]), es kommt vielmehr zur Intestaterbfolge, und die Intestaterben fordern das, was ihnen gebührt — die Falcidia und, wenn sie Notherben sind, auch den

36) L. 4. C. *de jure dot.* V. 12. L. 72. pr. D. *eod.* XXIII. 3.

37) L. 27. C. *de jure dot.*. Vgl. *Sam.* Stryk succ. ab int. Diss. VIII. Cap. V. §. 28—35; (er handelt hier von den Wirkungen der mit den Ehestiftungen verbundenen eigentlichen pacta successoria, im Gegensatz der römischen Dotalverträge). (*J. H.* Böhmer de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus. (Exercit. ad Pand. T. IV. Nr. LXXI). Cap. I. §. 3. Cap. II. §. 3. in f. u. §. 5. Pufendorf obs. jur. univ. T. III. obs. 116. §. 2. *E. F.* Eisenhart Diss. de pact. dotalib. ob supervenientiam liberor. haud tollendis (opusc. Nr. XIV.) §. 17.

38) S. oben S. 62.; auch W. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Giessen 1827) §. 45.

39) L. 27. C. *de jure dot.* V. 12. L. 72. pr. D. *de jure dot.* XXIII. 3. Freilich versteht sich auch hier allemal die Regel von selbst: bona non intelliguntur nisi ante deducto aere alieno, oder wie es am Schlusse der so eben angeführten Stelle heißt: „non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno.“

Pflichttheil[40]) — mittelst der hereditatis petitio. Zwar behauptete Glück, daß der Mann alsdann Universalsuccessor werde, wenn die Dos die ganze Erbschaft der Frau ausmache[41]). Allein die Stelle, welche er dafür anführt, enthält einen hieher gar nicht gehörigen Rechtssatz, den nämlich, daß der Erbe des Mannes auch den fundus dotalis als Bestandtheil der Erbschaftsmasse betrachten kann[42]). Von einem Erb- oder auch nur Zurückbehaltungsrecht des Mannes ist hier überall nicht die Rede, wie sich zum Ueberfluß aus den Schlußworten der Stelle ergiebt; zur Erbmasse des Mannes gehört das Dotalgrundstück, weil er, und also auch sein Erbe, dafür verantwortlich und zur Restitution verpflichtet ist; wie denn auch aus dem nämlichen Grunde Sachen, welche dem Erblasser verpfändet oder commodirt sind, einen Theil der Erbmasse bilden, und von dem Erben mit der hereditatis petitio dem Besitzer abgefordert werden[43]). Ueber-

40) S. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 750. p. 407. Note 6. u. §. 420. a. E. Vergl. auch unten Note 46.

41) Bd. 25. dieses Comment. §. 1230. S. 14. Note 34.

42) L. 1. §. 1. D. *fundo dotali* XXIII. 5. „Sed et per universitatem transit praedium, *secundum quod possibile est*, ad alterum, veluti ad heredem mariti, *cum suo tamen jure, ut alienari non possit*."

43) L. 62. D. *de acq. rer. dom.* XLI. 1. „Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem." — — L. 18. in f. L. 19. pr. D. *de her. pet.* V. 3. — „placuit, universas res hereditatis in hoc judicium venire, — — et non tantum hereditaria corpora, sed et quae sunt non hereditaria, *quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto, vel commodatae depositaeve*." — S. meine observat. jur. Rom. Cap. I. §. 3.

haupt aber steht Glücks Behauptung nicht blos mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über die Unstatthaftigkeit von Erbverträgen im Widerspruch, sondern sie wird auch direct widerlegt, theils durch die oben angeführte **L. 5. C.** *de pactis conventis*, theils durch die **L. 72. pr. D.** *de jure dotium*, welche gerade von einem Falle handelt, wo die Frau ihr ganzes Vermögen dem Manne als dos zubrachte und dieser dieselbe in Folge eines Dotalvertrags behielte. „**Mulier** (heißt es hier) **bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis**[44]) **bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno**“[45]).

Es ergiebt sich hieraus, daß durch einen römischen Dotalvertrag, wenn er auch buchstäblich zur Anwendung gebracht, eine materielle Verletzung des Pflichttheilsrechts zur Folge haben würde, doch weder auf der einen Seite ein eigentliches Impugnativmittel für den Notherben begründet wird, noch auf der anderen den Notherben ihr Recht entzogen werden kann. Diese sind Intestaterben der Frau, und als solche auch zur Zurückforderung der dos berechtigt, welche zwar der Mann ex pacto behalten darf, die aber nichts destoweniger einen Bestandtheil des Nachlasses bildet, wie Alles, was auf die Art ver-

44) Die Vulg. liest *ex promissione*; der Sinn ist dadurch noch deutlicher bestimmt, aber nicht ein anderer. S. Brissonius de V. S. v. repromissio.

45) S. auch F. W. v. Tigerström das römische Dotalrecht Bd. I. (Berl. 1831). S. 170.

äussert ist, daß der vollständige Rechtserwerb von dem früheren Ableben des Veräusserndem abhängt[46]). Nur die Theilnahme des Notherben an dem Vertrage schließt sein Recht aus; die Eltern der Frau können daher die Legitima von dem Theil der Dos nicht in Anspruch nehmen, welchen der Mann in Gemäsheit der unter ihrem Beitritt geschlossenen Ehestiftung behalten darf[47]). Von einem solchen Falle ist die L. 6 C. *de pact. convent.* etc. (ebenfalls ein Rescript der KK. Diocletian und Maximian) zu verstehen: „Si convenit, ut in matrimonio, uxore defuncta, dos penes maritum remaneret, profectitiae dotis repetitionem hujusmodi pactum inhibuisse, explorati juris est, quum deteriorem causam dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, pacto posse fieri, auctoritate juris saepissime sit responsum“[48]). Es bezieht sich

46) So heißt es von den mortis causa donationes: morte insecuta quodammodo *a bonis auferri*, spe retinendi peremta (L. 42. §. 1 D. *de mort. causa donat.* XXXIX. 6), und daher findet hier, wie in den übrigen Fällen, wo ein lucrativer Erwerb erst durch den Tod des Disponenten bestätigt wird, ein Abzug der Falcidischen Quart Statt. S. L. 42 D. cit. und L. 5. u. L. 12 C. *ad L. Falcid.* VI. 50. L. 2 C. *de mort. causa donat.* VIII. 57. L. 32. §. 1 D. *de donat. int. V. et U.* XXIV. 1. (— „cui — nämlich der Falcidischen Quart — locum fore opinor, *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est*“).

47) Leyser med. ad Pand. T. V. Sp. 309. med. 3. 4. Pufendorf obs. T. III. obs. 116. („De legitima parentum pactis dotalibus exclusa“).

48) Von dieser Stelle hat Glück bereits die richtige Erklärung vorgetragen Bd. 25. §. 1245. S. 372 fgg.

der letzte Theil des Rescripts nämlich auf die bekannten Vorschriften, daß der Vater dem Tochtermann durch den Dotalvertrag keine Vortheile zugestehen darf, welche dem gesetzlichen Zurückforderungsrecht der Frau widerstreiten [49]).

Als einen renunciativen Erbvertrag des Vaters darf man dies freilich nicht ansehen, indem ein solcher Vertrag nach römischem Rechte überhaupt nicht hätte gelten können [50]). Ohnehin wird hier vorausgesetzt, daß die Ehegattin der väterlichen Gewalt unterworfen war; diese konnte also zu der Zeit, in welcher das Rescript erlassen wurde, überall keine Erben haben [51]). Es entsagt der Vater hier vielmehr einem ihm selbstständig, d. h. nicht als Erben seiner Tochter zustehenden Rechte. Heut zu Tage kann man dergleichen Bestimmungen in Dotalverträgen allerdings aus dem Gesichtspuncte eines Erbverzichts betrachten, und darum tritt denn auch der Erbe als solcher dem Vertrage wirksam bei. Ob alsdann der Mann alleiniger Universalerbe durch den Vertrag wird, oder Miterbe, oder ob die gesetzlichen Erben blos auf die Befugniß verzichten, die Dos als Theil des Nachlasses in Anspruch zu nehmen, — hängt von dem besonderen Inhalte des Vertrags ab; für die Frage, welche uns hier beschäftigt, ist dies aber vollkommen gleichgiltig.

49) S. z. B. L. 3 C. *de pact. convent.* u. vgl. L. 2 D. *de pact. dotalib.* XXIII. 4. L. 1. §. 1 in f. D. *de dote prael.* XXXIII. 4. L. 6 C. *de jure dot.*

50) L. ult. D. *de suis et legit.* XXXVIII. 16. L. 3 C. *de collat.* VI. 20. — *J. H.* Böhmer de success. heredit. conjug. ex pact. dotalib. Cap. I. §. 5 in F.

51) S. Bd. 35 dieses Comment. §. 1421 a. S. 190 fgg. Nr. 1.

Eben so wenig, wie durch einen römischen Dotalvertrag, ist aber auch die Entziehung von Notherbenrechten durch ein mit der Ehestiftung verbundenes eigentliches pactum successorium möglich. Denn der Rechtsbestand solcher Verträge ist nach denselben Regeln zu bestimmen, welche für alle Erbverträge gelten, und die oben bereits angeführte Parömie: Kinderzeugen bricht Ehestiftung[52]), enthält einen Ausdruck dieses Rechts in Beziehung auf das Notherbenrecht der Descendenten.

Das Gegentheil behauptet Eisenhart[53]), jedoch aus unglaublich schwachen Gründen, denen es gleichwohl nicht an Beistimmung gefehlt hat. — Die angeführte Parömie soll nur unter der Voraussetzung Sinn und Bedeutung haben, daß die Eheverträge unter der ausdrücklichen Bedingung eingegangen sind: wenn keine Kinder aus dieser Ehe erzeugt werden. Allein dann hätte sie gerade gar keine Bedeutung; denn daß der Vertrag keine Wirkung haben kann, wenn die Bedingung wegfällt, unter welcher er eingegangen wurde, versteht sich ganz von selbst. Die anderen Gründe sind solche, welche man überhaupt wohl anzuführen pflegt, um eine willkührliche Entziehung der Notherbenrechte durch Erbverträge zu rechtfertigen: der Pflichttheil sey eine positive Einrichtung und dem altdeutschen Rechte unbekannt, — er könne nur von einer Erbschaft gefordert werden, denn: viventis non datur hereditas, — die auf Testamente berechneten Impugnativmittel leiden auf Erbverträge keine

52) S. oben S. 60. Note 38.

53) *E. F.* Eisenhart de pactis dotalibus ob superve- nientiam liberorum haud tollendis (Opusc. Nr. XIV.) §. 21 — 28.

Anwendung u. dgl. m.[54]). Einer ausführlichen Widerlegung dieser Gründe wird es hier nicht mehr bedürfen. Römisches Notherbenrecht ist auch für Deutschland als Regel anerkannt, und Erbverträge, die mit Ehestiftungen verbunden sind, können nicht andere Wirkungen haben, als wenn sie ohne diese vorkommen; das, was dem überlebenden Ehegatten zugesichert wird, ist eben nichts anders, als die hereditas, und nur von dieser, nicht von dem Vermögen des lebenden Ehegatten, fordert der Notherbe seinen Pflichttheil. Daß endlich Erbverträge die Anwendung des Notherbenrechts seiner wesentlichen Wirkung nach nicht ausschliessen, wurde oben (Nr. I) gezeigt.

Aus ähnlichen Gründen soll denn auch den Ascendenten durch successorische Eheverträge ihr Notherbenrecht willkührlich entzogen werden können, wobei denn aber noch ein besonderes Gewicht darauf gelegt wird, daß diese gewöhnlich den Ehevertrag selber abschliessen, oder doch Theil daran nehmen[55]). Indessen ist dies ein durchaus nichtssagender Grund; denn daß die Ascendenten als mitpaciscirende Theile auf ihr Pflichttheilsrecht insoweit verzichten, als dem Ehemann ein unwiderrufliches Recht an dem Dotalvermögen eingeräumt wird, ist nicht zu

54) Uebrigens wird zugestanden, daß die Praxis eine willkührliche Entziehung des den Descendenten gebührenden Pflichttheils nicht gestatte, jedoch mit der Einschränkung, daß die Forderung gegen den Vertragserben nie den Betrag der Legitima übersteigen dürfe (Eisenhart I. l. §. 29). Auch diese Einschränkung ist oben bereits einer Kritik unterworfen und versucht worden, deren Unrichtigkeit nachzuweisen.

55) Eisenhart diss. cit. §. 19. 20.

bezweifeln; nur ob es ihnen ohne ihre Theilnahme an dem Vertrag (welche doch gewiß nicht immer erfolgt) entzogen werden kann, steht hier zur Frage. Diese Frage wird auch von Georg Heinrich Ayrer[56]) bejaht; indessen die Gründe desselben sind um nichts besser, und überdies finden wir hier das Recht der römischen pacta dotalia und das der deutschrechtlichen successorischen Eheverträge so durcheinander geworfen, daß man sich die Verworrenheit nicht größer denken kann. Unter anderen argumentirt der Verfasser so: durch Dotalverträge wird keine Universalsuccession begründet, folglich auch kein Notherbenrecht verletzt. Darf nun gleich heut zu Tage auch über Succession dadurch verfügt werden, so bleiben diese Verträge doch immer pacta dotalia, mithin kann auch jetzt weder von hereditas, noch von einem Pflichttheilsrecht die Rede seyn[57]). Diese Schlußfolgerung leidet an allen nur erdenklichen Mängeln. Diese näher zu beleuchten wird nicht nöthig seyn, zumal ich glauben darf, durch die obige Ausführung das Resultat hinreichend begründet zu haben, daß a) auch durch römische Dotalverträge Notherbenrechte nicht willkührlich verletzt werden dürfen, b) wahre Erbverträge aber, welche die Intestaterbfolge ausschliessen sollen, mögen sie unter Ehegatten oder unter anderen Personen vorkommen, in Beziehung auf verletztes Notherbenrecht dieselbe Wirkung erzeugen, wie Testamente.

Noch ist ein Punct, welcher bisweilen Gegenstand,

56) Die Dissertation de legitima parentum pactis dotalibus exclusa (Goett. 1748) ist wenigstens unter Ayrer's Vorsitz vertheidigt. Als Auctor und Respondens wird *Sigism. Joh. von der* Hube genannt.

57) Diss. cit. §. 12 sq.

wenn auch nicht gerade gelehrter, doch gerichtlicher Streitigkeiten geworden ist, hier nicht ganz mit Stillschweigen zu übergehen. — Eheverträge werden nicht blos von den Hauptpersonen, d. h. hier die Verlobten oder Ehegatten selbst, eingegangen, sondern häufig concurriren dabei auch noch andere Personen, namentlich die Eltern, wenn auch manche Puncte lediglich das persönliche Interesse der Ehegatten selbst betreffen. So hat man denn auch in Deutschland nie Bedenken getragen, Verabredungen über die Erbfolge der Ehegatten in solchen Verträgen zu treffen, an welchen andere Personen Theil nehmen, ohne daß darin von deren Beerbung oder Successionsrechten die Rede ist. Sind dies nun Notherben der Ehegatten, so können sie sich ihr Notherbenrecht wirksam vorbehalten; geschieht das nicht, so ist anzunehmen, daß sie darauf verzichtet haben[58]. Indessen hat hier der, nicht eben zum Heile der Wissenschaft wie der Praxis, aufgekommene Unterschied zwischen **pacta dotalia** oder **successoria simplicia** und **mixta**[59]), bisweilen Bedenklichkeiten erregt. Im Allgemeinen versteht man unter diesen die zwischen Ehegatten errichteten Erbverträge, welche nach Art einseitiger letzter Willensordnungen auch einseitig wieder aufgerufen werden können. Die Vertragsform muß sich natürlich auch bei ihnen finden. Wenn nun also Notherben an einem solchen Vertrage Theil genommen haben, so fragt es sich, ob nunmehr auch ihnen das Recht des einseitigen Widerrufs zugestanden werden kann? Wenn man die juristi-

58) Arg. L. 8. §. 15 in f. D. *quib. mod. pign. solv.* XX. 6. — Leyser med. ad Pand. Sp. 309. m. 4.

59) Vgl. darüber auch Bd. XXV dieses Comment. §. 1246. S. 374 fgg.

sche Bedeutung der s. g. **pacta mixta** fest ins Auge faßt, so wird man nicht umhin können, die Frage zu verneinen. Sie haben die Bedeutung der Testamente, natürlich aber nur für das Verhältniß zwischen Erblasser und Erben; denn die an dem Vertrage Theil nehmenden Notherben testiren nicht, sondern sie verzichten auf Rechte, oder behalten sich Rechte vor. Für diese hat mithin das Geschäft immer die Wirkung eines wahren Vertrags, von welchem ein Paciscent wider den Willen des Andern nur abgehen kann, wenn er sich dies geradezu, oder durch hinzugefügte Bedingungen und Limitationen vorbehalten hat. Und das gilt nicht blos für einen Verzicht, sondern auch für sonstige Zusicherungen, welche ein solcher Paciscent gemacht hat. So war ein Vater dem Vertrage beigetreten, worin die von ihm gegebene dos auf den Fall einer Trennung der Ehe durch den Tod der Tochter dem Schwiegersohne zugesichert wurde. Für die Ehegatten selbst bestand der Vertrag als pactum mixtum, und darauf gestützt, wollte der Vater nach dem Tode der Tochter die dos zurücknehmen, wurde aber aus dem richtigen Grunde abgewiesen, daß in Ansehung seiner Person das Geschäft nicht als einseitige letzte Willensordnung, sondern als wahrer Vertrag bestehe [60].

60) Leyser med. ad Pand. Sp. 309. med. 2.

Lib. XXVIII. Tit. III.

De injusto, rupto irrito facto testamento.

§. 1426.

Von ungiltigen Testamenten überhaupt.

Unter ungiltigen Testamenten versteht man im Allgemeinen diejenigen, welche entweder gar keine Wirkungen haben können, oder doch in Ansehung ihres hauptsächlichen Inhalts (der Erbeseinsetzung) nicht zu Recht beständig sind[61]). Die sämmtlichen Gründe ungiltiger Testamente lassen sich auf zwei Hauptclassen zurückführen: entweder besteht das Testament nicht wegen gleich

61) Es giebt noch besondere Gründe, aus welchen einzelne Verfügungen des Testaments, namentlich Vermächtnisse wegfallen; so die Eigenschaft des Objects (s. z. B. L. 39. §. 8—10 D. *de leg.* I. u. §. 10 J. *de leg.*). Vgl. besonders unten den Titel *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis* (XXXIV. 4). Indessen wird der Ausdruck Testament hier nicht in dem weiteren Sinne, für jede einseitige letztwillige Anordnung genommen, sondern in seiner engeren Bedeutung, als letzte Willenserklärung, welche die Einsetzung eines s. g. directen Erben enthält (§. 34 J. *de legat.* §. 2 J. *de codicillis*); hierauf beschränkt sich also die im Folgenden zu gebende Uebersicht ungiltiger Testamente.

Anfangs vorhandener Mängel — s. g. testamentum nullum in genere[62]), — oder es wird seine Giltigkeit und Wirksamkeit aus solchen Gründen gehindert, die erst nach Errichtung desselben eintreten.

I. Die zur ersten Classe gehörigen Gründe sind wieder dreifacher Art. Entweder beruhen sie in subjectiven Mängeln, oder in der Beschaffenheit der Willenserklärung, oder in dem Inhalte derselben. Ein Testament, welches in diesen sämmtlichen Beziehungen fehlerfrei ist, heißt in den Quellen testamentum jure perfectum, auch jure factum, im Gegensatz des non jure factum, auch imperfectum[63]). Der bei den Neueren

62) S. A. D. Weber Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld Bd. 2. zu Lib. 28. Tit. 3. §. 1426. S. 227.

63) L. 2. §. 1 D. *testamenta quemadm. aper.* (XXIX. 3). — L. 6. pr. D. *de lege Cornelia de falsis* (XLVIII. 10). „Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non jure fieret, legatum sibi adscripserit. — — — *Non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur.*“ Wort und Begriff passen hier vollkommen auf jedes Testament, welches wegen eines anfänglichen Mangels nicht bestehen kann. Indessen ist es nicht unwahrscheinlich, daß der Jurist dabei nur an einen Formmangel gedacht habe, wie dies entschieden der Fall ist in L. 1 D. *h. t.*, und auch wohl in L. 18 D. *de leg.* III, wo dem „jure testamento facto“ die nuda voluntas als t. non jure factum entgegengesetzt wird, ferner in dem Institutionen-Titel *quibus modis testamenta infirmantur.* Auch in L. 12. §. 1 D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4) „Si prius *testamentum* exstet *jure factum*, quo filius ex-

so häufig vorkommende Gegensatz zwischen äusseren und inneren Mängeln und der darauf gegründete Unterschied zwischen injustum und nullum testamentum umfaßt bei weitem nicht die sämmtlichen Gründe ungiltiger Testamente [64]).

A) Die subjectiven Mängel haben hauptsächlich ihren Grund in der fehlenden Testamentsfähigkeit oder testamentifactio [65]), welche die Neueren in die active und die passive eintheilen [66]). Wer weder die eine noch

heredatus est, sequens *imperfectum*, in quo praeteritus sit filius" — sind die Ausdrücke wohl auf äussere Mängel einzuschränken. S. Bd. 36 des Comment. S. 321 fg. Note 10, und ein Gleiches gilt von dem testamentum posterius rite perfectum in L. 2 D. *h. t.* Dagegen wird die *institutio jure facta* in L. 25 in f. D. *de lib. et post.* auf den Inhalt des Testaments bezogen. — Vgl. auch noch *Jos.* Averanii interpr. jur. Lib. V. Cap. 28. §. 8. „jure factum dicitur (test.), quod valet jure civili, imperfectum, quod Praetoris auctoritate sustinetur." — Unabänderlich feststehend waren freilich die Ausdrücke, wodurch die Ungiltigkeitsgründe der Testamente bezeichnet wurden, keineswegs. S. Bd. 37 des Comment. S. 251 u. unten Note 74.

64) Diese Distinction findet sich namentlich auch bei Hellfeld im gegenwärtigen §.

65) Der Ausdruck testamenti factio hat freilich auch noch eine weitere Bedeutung, wonach er auf das gesammte Testamentsrecht bezogen wird; L. 3 D. *qui test. fac. poss.* S. hierüber Bd. 33 des Comment. §. 1403. S. 341 fgg.

66) Von jener war oben die Rede, Bd. 33 des Comment. §. 1404. S. 347 fgg. u. Bd. 34. §. 1407. S. 53—149; von dieser wird im Titel *de heredib. instituendis* (XXVIII. 5) gehandelt werden.

die andere hat wird intestabilis genannt [67]). Nahe verwandt mit dem Mangel der activen Testamentifactio, und den Wirkungen nach gleich ist die mangelnde Willensfähigkeit [67 a]). Durch einen besonderen Kunstnamen ist übrigens das Testament, welches an einem Mangel dieser Art leidet, weder bei den Römern, noch bei den Neueren ausgezeichnet [68]).

B) Die Mängel der zweiten Art (welche in der Beschaffenheit der Willenserklärung ihren Grund haben) können sehr mannigfach seyn. Entweder 1) fehlt es an der freien Willensbestimmung [69]), oder 2) an der erforderlichen Selbstständigkeit der Willenserklärung [70]), oder

67) S. Theophili Paraphr. ad §. 6. J. *de testam. ordin.* Vinnius in comment. ad eund. loc. nr. 5; und Schrader in seiner Ausg. der Institutionen das. ad verba: *quem leges jubent improbum intestabilemque esse.* — Vgl. Bd. 33 des Comment. S. 350 fgg. Nr. 5.

67 a) S. darüber den Titel der Institutionen *quibus non est permissum facere testamentum* und oben Bd. 33. §. 1404. a — d. S. 350 — 420.

68) Uebrigens paßt der Ausdruck nullius momenti oder nullum test. vollkommen auch hierauf, da ein solches Testament schlechthin ungiltig ist. Höpfner wendet daher mit Recht hier, wie in anderen Fällen, welche durch technische Benennungen nicht ausgezeichnet sind, den Ausdruck t. nullum in specie an; Commentar §. 514.

69) S. darüber Bd. 33 des Comment. §. 1405. S. 420 — 440. Es gehört hieher aber auch der Inhalt des erst weiter unten folgenden Titels *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (XXIX. 6).

70) S. Bd. 33 des Comment. §. 1406. S. 440 fgg. und Bd. 34. S. 1 — 26. Damit ist aber noch die Vorschrift des Sctum Libonianum in Verbindung zu setzen, wegen Un-

3) an einem deutlichen und verständlichen Ausdrucke [71]), oder 4) an Vollständigkeit der Erklärung, sey es in Ansehung der Form oder des Inhalts [72]) — was imperfectum testamentum im eigentlichen Sinne heißt [73]) — oder endlich 5) an der gehörigen Form, wofür wohl vorzugsweise der Ausdruck testamentum non jure factum (s. Note 63) auch injustum [74]) gebraucht wurde

giltigkeit der Anordnungen, welche derjenige zu dessen Vortheil oder Gunst sie gereichen, selbst in dem Testament niederschreibt. Die nähere Erklärung hierüber kann erst unten beim §. 1564 erfolgen.

71) L. 4 D. *de reb. dubiis.* (XXXIV. 5) L. 2 D. *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8). — S. unten §. 1442, auch §. 1564. Nr. 2 (bei Hellfeld).

72) S. darüber §. 1430 gegen das Ende.

73) L. 6 pr. D. *de lege Cornelia de falsis* (XLVIII. 10). — „Hoc tunc verum est, quum *perfectum testamentum erit; caeterum si non signatum fuerit*" u. s. w. Offenbar wird hier der Ausdruck perfectum testamentum im Gegensatz der noch nicht vollendeten Förmlichkeit gebraucht. Geradezu wird das unvollständige Testament so genannt in §. 7 in f. Inst. *quib. mod. test. infirm.*

74) Der Ausdruck *injustum testamentum* findet sich ausser der Rubrik unseres Pandektentitels, in dem hier angenommenen Sinne auch noch in L. 2. §. 1 D. *test. quemadm. aper.* (XXVIII. 3), L. 9. §. 1 C. *de suis et legitimis* (VI. 55), ferner bei Theophilus ad pr. Inst. *quib. mod. infirm. test.* Daß es Kunstausdruck war, beweist die Beibehaltung des lateinischen Ausdrucks bei Theophilus. Weber meint, daß der Ausdruck injustum test. besser für ein seines Inhalts wegen ungiltiges Testament, als für ein unförmliches gepaßt habe (zu Höpfners Commentar §. 515. Note 1

(L. 1 pr. D. *h. t.* „Testamentum — non jure factum dicitur, ubi solennia juris defuerunt“).

C) Wegen ihres Inhalts sind Testamente gleich Anfangs nicht zu Recht beständig, wenn derselbe 1) an sich unausführbar ist[75]), oder 2) mit gesetzlichen Vorschriften nicht bestehen kann. Dahin gehören die Testamente mit captatorischen Anordnungen[76]), hauptsächlich aber solche, worin Notherbenrechte verletzt sind; diese pflegt man vorzugsweise nulla testamenta, oder auch nulla in specie zu nennen, wenn ein durch das jus civile angeordnetes förmliches Notherbenrecht verletzt ist[76 a]), im Gegensatze eines testamentum rescissum,

und Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1426. Nr. d. S. 227). Indessen wird derselbe ja auch sonst keineswegs immer auf materielle Rechtswidrigkeit bezogen, sondern bedeutet vielmehr vorzugsweise, was nach juristischen Regeln und Begriffen nicht gültig ist; z. B. injustum matrimonium in L. 1. pr. D. *unde vir et uxor* (XXXVIII. 11); injusta uxor in L. 13. §. 1 D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5), u. a. m. So bedeutet auch der häufig vorkommende Ausdruck testamentum non jure factum meistens ein unförmliches Testament. Jedoch so wie dieser Ausdruck, so wird auch injustum testamentum bisweilen von einem Testament gebraucht, worin Notherben übergangen sind, z. B. in L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. L. 12 pr. D. *h. t.* Vielleicht auch in L. 26 D. *de inoff. test.* — Vgl. Bd. 36. des Comment. S. 316 fgg.

75) Wie z. B. die Testamente, worin ein Erbe unter einer nicht eingetretenen conditio in praesens vel in praeteritum collata eingesetzt ist; L. 16 D. *h. t.*

76) Das Nähere hierüber unten §. 1444.

76 a) Der röm. Ausdruck ist: nullius momenti testamentum; so in L. 1 D. *h. t.* — Vgl. hierbei noch Bd. 36. S. 309 a. E. u. S. 310.

welches, als inofficiosum, oder durch contra tabulas Bonorum possessio rescindirt wird [77]). Diese letztere Bezeichnung ist auch gewiß richtiger, als wenn man z. B. von einem testamentum nullum jure Praetorio spricht. Jedoch ist es aus logischen Gründen nicht zu rechtfertigen, wenn man die testamenta rescissa der zweiten Hauptclasse (s. die fg. Nr. II) unterordnet, wie so häufig geschieht [78]), indem die Rescission sich ja keineswegs auf solche Ursachen gründet, die erst nach Vollziehung des Testaments hinzugekommen sind, sondern auf einen gleich Anfangs vorhandenen Mangel.

II. Aus Gründen, welche erst nach errichtetem Testamente eintreten, wird das Testament entweder ruptum, oder irritum oder destitutum [79]). Ruptum wird es

77) Den Ausdruck rescissum testamentum darf man keineswegs auf das inofficiosum beschränken, wie häufig geschieht (S. z. B. Hellfeld in dem gegenwärtigen §. u. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 678); mit Recht gebrauchen ihn auch von dem durch contra tabulas B. P. aufgehobenen Testament *H.* DONELLUS comment. jur. civ. Lib. VI. Cap. XVI. §. 19. (d. Ausg. von König) und Weber in Höpfners Comment. §. 524 und in der Erläuterung der Pand. Bd. 2. §. 1426 a. E.

78) So namentlich von Hellfeld in diesem §. und von Weber Erläuter. der Pand. a. a. O. Nr. II.

79) Tit. Inst. *quib. mod. test. infirm.* — L. 1 D. *h. t.* Hier wird der Ausdruck irritum für destitutum gebraucht („aut in irritum constituitur, *non adita hereditate*"). Eben so in L. 20. pr. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII. 4) u. L. 30. pr. D. *de manum. test.* Ferner für ruptum testamentum in L. ult. D. *de his quae in test. del.* (XXVIII. 4), L. 15. pr. in f. D.

entweder durch den veränderten Willen des Testirers (§. 1428—1431), oder durch Agnation eines im Testament nicht gehörig berücksichtigten Postumus (§. 1432); irritum dadurch, daß der Testirer eine capitis deminutio erleidet (§. 1433), destitutum dadurch, daß der eingesetzte Erbe entweder die Erbschaft nicht haben will, oder die Erbfähigkeit verliert.

Die regelmäßige Wirkung nun der gleich Anfangs vorhandenen, wie der später erst hinzukommenden Gründe, welche dem Rechtsbestande der letztwilligen Anordnung entgegenstehen, ist vollständige Ungiltigkeit der Verfügung [79a]). Von den erheblichen Modificationen dieser Regel für die Fälle, wo die Ungiltigkeit in einer Verletzung des Notherbenrechts ihren Grund hat, ist bereits

de test. milit. (XXIX. 1). Ueber den allgemeinen und den technischen Gebrauch dieser Ausdrücke findet sich bei Gajus (Inst. II. §. 146) und in den Institutionen Justinians (§. 5 *quib. mod. test. infirm.*) folgende Aeusserung: „Hoc autem casu (nämlich wenn der Testirer eine capitis deminutio erlitten hat) irrita fieri testamenta dicemus, *cum alioquin et quae rumpuntur irrita fiant, et quae statim ab initio non jure fiunt irrita sint. Sed et ea, quae jure facta sunt et postea propter capitis diminutionem irrita fiunt, possunt rupta dici. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure fieri dicuntur, quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri.*" — Theophilus bemerkt dabei: auf Testamente, welche nach prätorischem Rechte nicht bestehen könnten, beziehe man diese Ausdrücke nicht.

79a) L. 2 §. 1 D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 3). S. unten Note 91 des folg. §.

ausführlich gehandelt[80]). Andere Gründe sind ebenfalls schon erörtert[81]), in dem gegenwärtigen Titel aber ist besonders die Rede von dem **injustum**, **ruptum**, **irritum** und **destitutum testamentum**; die noch übrigen Fälle werden weiter unten zur Sprache kommen[82]).

§. 1427.

Insbesondere I) vom testamentum injustum.

Testamentum injustum ist also dasjenige, wobei die gesetzlich vorgeschriebenen Formalitäten — **solennia juris** — gar nicht oder nicht gehörig beobachtet sind. Die Wirkung eines solchen Mangels ist, daß das Testament in keinem Stücke besteht[83]). Zwar hat es nicht an Juristen gefehlt, welche auch hierauf das Recht der Nov. 115. anwenden wollten, also behaupteten, daß nur die Erbeseinsetzung über den Haufen falle, die übrigen Theile des Testaments bestehen bleiben[84]). Wenn man

80) In den drei vorausgehenden Bänden (35—37) dieses Commentars.

81) S. die Noten 66, 69 u. 70 zu diesem §.

82) Insbesondere in den Titeln *de his quae in test. delentur* (XXVIII. 4), *de heredibus instit.* (XXVIII. 5), *de condit. instit.* (XXVIII. 7), *de regula Catoniana* (XXXIV. 7), *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8). Vgl. auch meine doctrina Pand. Vol. III. §. 704.

83) L. 23. L. 29. C. *de fideicommis.* (VI. 42.)

84) Manche halten es auch für eine Gewissenspflicht des Intestaterben, den formlosen letzten Willen ganz gelten zu lassen. M. s. über diese Meinung Stryk Synt. jur. civ. Exerc. XXXII. Th. 16. Stryk Cautel. test. Cap. XIV. §. 33. und Joh. Fr. Hertel polit. Thee- und Kaffee-Tassen Nr. XX. b. S. 57 fg. und die hier angeführten

indessen auch berechtigt ist, die Novelle nicht für ein blos correctorisches Gesetz zu halten, d. h. für ein solches, welches nur in einzelnen Puncten abändernd ist[85]), so darf man darum dem Gesetz doch keine Ausdehnung geben, welche seinem Gegenstande und seinem Zwecke völlig fremd ist. Die Novelle bestimmt die Wirkungen des verletzten Notherbenrechts; zwischen diesem und den Vorschriften über die **juris solennia** ist aber nicht die geringste Analogie vorhanden. Formfehler, welche sich auf das Geschäft im Ganzen beziehen, müssen, so gut wie der mangelnde Consens, ihre Wirkungen auf alle Theile des Geschäfts erstrecken; wogegen es eben so natürlich erscheint, daß ein Notherbe nur an die Stelle Dessen tritt, durch den er ausgeschlossen ist, und daher denn auch die diesem gemachten Auflagen erfüllen muß, versteht sich, soweit er selbst damit belastet werden kann. Allerdings beruht die Form blos auf positiver Vorschrift, das Gesetz kann daher ohne Zweifel Modificationen jener regelmäßigen Wirkung eintreten lassen. Regel bleibt es indessen immer: das Gesetz erkennt ein Rechtsgeschäft überhaupt nur als ein solches an, wenn es ihm nicht an der vorgeschriebenen Form fehlt[86]); Modificationen dieser Regel müssen allemal nachgewiesen werden. Es hat daher die Ansicht von der nur theilweisen Ungiltigkeit unförmlicher Testa-

Schriftsteller. Auch VINNIUS ad §. 3. J. de test. ordin. Nr. 8. ist derselben zugethan, und auf gewisse Weise hat diese Ansicht selbst im röm. Rechte Grund, obgleich man hierbei begreiflich nicht an eine klagbare Verbindlichkeit denken darf. S. unten Note 39. dieses §.

85) S. Bd. 37. des Comment. §. 1425 c. S. 340 fgg.

86) L. 5. C. *de legib.* (I. 14).

mente auch keinen Beifall gewinnen können[87]), ja die meisten Schriftsteller erwähnen dieselbe gar nicht einmal. Auch ist die gemeine und richtige Lehre durch des Kaisers Maximilian I. Notariatsordnung[88]) ausdrücklich anerkannt. Uebrigens finden wir dieselbe durch Particulargesetze bisweilen modificirt[89]), wohin man denn auch wohl die Bestimmung zählen darf, daß die Codizillarclausel, auch wenn sie nicht dem Testamente hinzugefügt ist, sich von selbst verstehen soll[90]). Denn bekanntlich hat diese Clausel, wenn sie einem in Ansehung der Form mangelhaften Testamente beigefügt ist, die Wirkung, daß das Testament nunmehr als Codizill aufrecht erhalten wird[91]); nur versteht es sich, daß die zu einem Codizill gehörigen Solennitäten hier nicht fehlen dürfen.

Im Uebrigen ist es gleichgiltig, ob die gesetzliche Form ganz fehlt, oder ob nur das eine oder andere Erforder-

87) S. Hellfeld in diesem §. und das. Note c.

88) Not. O. v. 1512. II. §. 12.

89) z. B. im Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 24. Nr. 3. sind die in einem solchen Testamente angeordneten legata pia für giltig erklärt. Es wurde dies früher als gemeinrechtlich von vielen Juristen angenommen, weil es bei diesen Vermächtnissen nur auf den Beweis des Willens ankomme (s. Kreittmayr in den Anmerk. zu dieser Stelle Nr. 4 b. Bd. V. S. 1084), allein auch von Anderen aus dem richtigen Grunde verworfen, daß ja doch jedenfalls zwei Zeugen hiezu erforderlich seyen. So erkannte die Göttinger Juristen-Facultät gegen die Giltigkeit solcher Vermächtnisse, die in einem nicht vor Zeugen errichteten Testamente angeordnet waren. S. Reinhardt ad *Christinaei* decis. Vol. IV. obs. 37.

90) S. z. B. Rost. Stadtr. Th. I. Tit. 1. Art. 26.

91) L. 29. D. *qui test. fac. poss.* L. 88. §. 17. D. *de leg.* II.

niß nicht vorhanden ist; wenn also auch nur einem der sieben Testamentszeugen die rechtliche Qualität fehlt, oder nur einer nicht unterschreibt; so ist im Rechtssinne das Testament als gar nicht existirend anzusehen. Diesem gemäß schreibt Ulpian in dem neununddreißigsten Buche seines Commentars über das Edict: „Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus" [92]). Zwar gab der Prätor aus einem Testamente, welches von sieben Zeugen besiegelt war, wenn auch die civilrechtliche Form fehlte, eine secundum tabulas bonorum possessio [93]). Allein dies prätorische Testament [94]) ist im neueren Rechte abgeschafft [95]), und so gilt denn Ulpians so eben angeführte Aeusserung gemeinrechtlich ohne andere Einschränkungen, als welche durch die Codizillarclausel und durch Testamentsprivilegien bewirkt werden können.

Indessen meinen Manche, daß ein geringer Fehler in der Form, z. B. ein fehlendes Zeugen-Sigill, nicht in Betracht komme, sobald nur kein Verdacht eines Betrugs vorhanden sey. Die Wittenberger Juristen-Facultät erklärte diesemnach ein Testament für giltig, welches von der Testatrixin in Abwesenheit der sieben Zeugen unterschrieben war, weil dieselbe in Gegenwart des Ro-

92) L. 22. §. 4. D. *qui test. fac. poss.*

93) *Gaji* inst. II. §. 119 u. §. 147. — §. 2. J. *de testam. ord.*

94) So heißt es gewöhnlich nicht blos bei den Neueren, sondern auch Theophilus in der Paraphrase zu §. 2. J. *de test. ordin.* legt ihm diese Benennung bei.

95) §. 3. J. *de test. ordin.* — S. Bd. 34. d. Comment. §. 1412 b. S. 270 fgg.

ters und der Zeugen auf ihre Hand und Petschaft gewiesen und solche für die ihrigen erklärt hatte [96]. Indessen ist es doch eine höchst bedenkliche Sache, sich auf diese Weise über positive Rechtsformalitäten hinweg zu setzen. Wer von dem Grundsatz ausgeht, daß das Geringere unbeachtet bleiben dürfe, erhebt sich über den Gesetzgeber, und ein solcher Grundsatz macht das positive Gesetz nothwendig zum Spielball der Willkühr und zum Gegenstande steter Zweifel und Streitigkeiten. Denn wo ist hier die Gränze aufzufinden, zwischen dem geringeren und dem größeren Fehler? Was der Gesetzgeber für nöthig erklärt hat, muß auch dafür gehalten werden [97], und mit Recht sagt daher A. D. Weber, welcher doch gewiß nicht zur Klasse der Legulejen gehörte: das testamentum injustum falle ganz über den Haufen, der Fehler sey groß oder klein [98]. Allerdings kann man, wenigstens von dem legislativen Standpuncte aus, wohl annehmen: der Zweck der Testamentssolennitäten sey hauptsächlich darauf gerichtet, über die Aechtheit und den Inhalt letztwilliger Verfügungen den möglichsten Grad der Gewißheit zu bewirken [99]. Allein der Gesetzgeber hat durch Aufstellung von Formalitäten zugleich die Bedingungen bestimmt, unter welchen er diese Gewißheit überhaupt nur anerkenne. Darum wird denn auf das Genaueste unterschieden zwischen den Solennitäten und dem

96) Leyser med. ad Pand. Vol. V. Sp. 355. med. 5. Vgl. auch Vol. XI. Suppl. Sp. 351. med. 1.

97) Meine Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 17. sqq.

98) Erläuter. der Pand. Bd. 2. §. 1426. S. 227. Nr. c.

99) S. Bd. 35. des Comment. S. 39. Nr. 5.

bloßen Beweise der Willenserklärung eines Testirers, namentlich in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, wo es heißt: „Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, jure deficiet testamentum. De his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, *non ad juris solennitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem,* ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falsa haec fuerint commissa“ [100]). Fehlt also auch nur ein Zeuge, oder haben die Zeugen nicht in des Testirers Gegenwart unterschrieben und besiegelt, so kann das Testament nicht bestehen, wenn gleich die Aechtheit der letzten Willensordnung auf anderem Wege bewiesen werden könnte; die Fragen dagegen: ob eine im Testament sich findende Auslöschung oder Aenderung von dem Testirer herrühre, ob sie unbeabsichtigt erfolgt, oder durch ein Falsum bewirkt sey, sollen auf gewöhnliche Art zum Beweisverfahren verstellt werden. Wenn daher vom Beweise einer letzten Willensordnung die Rede ist, so wird darunter keineswegs blos der Beweis verstanden, daß der Testirer sich wirklich so geäussert habe, wie behauptet wird, sondern daß er seinen letzten Willen unter Beobachtung der gesetzlichen Solennitäten errichtet habe. Hierauf können denn freilich auch Vermuthungsgründe angewandt werden, d. h. man kann aus gewissen Thatsachen schliessen, daß ein producirtes Testament ächt und die Solennitäten beobachtet seyen [1]);

100) L. 12. C. *de test.*

1) Pufendorf obs. jur. univ. T. II. obs. 144.

keineswegs aber darf man die entschieden nicht beobachteten Formalitäten als vorhanden annehmen, weil die Willensmeinung des Testirers selbst keinem Zweifel unterworfen ist.

Indessen beruft sich Leyser für seine Meinung auf zwei Stellen im römischen Rechte, welche aber, wenn sie buchstäblich und in voller Allgemeinheit verstanden werden dürften, offenbar zu viel beweisen würden, indem sie hiernach den Ausspruch enthalten müßten: auf Solennitäten komme überall nichts an! Die eine dieser Stellen ist die **L. 183. D.** *de regulis juris*: „**Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.**" Diese Regel gehört zu den vielen, welche wir in dem Titel de regulis juris und sonst im römischen Rechte finden, die, in unbedingter Allgemeinheit verstanden, mit anderen Rechtsgrundsätzen im offenbarsten Widerspruche stehen würden. Der Satz, worauf sie sich bezieht, findet sich vollständiger in der **L. 7. D.** *de in integr. restitutionib.* (**IV. 1.**), und daraus sehen wir denn, daß die solennia, wovon hier die Rede ist, judiciorum solennia sind, oder die regelmäßige Ordnung des gerichtlichen Verfahrens: wer ohne seine Schuld auf die richterliche Ladung nicht erschienen ist, soll gegen die daraus ihm erwachsenen Nachtheile restituirt werden [2]). In der zweiten Stelle [3]) hebt

2) S. *Jac.* Gothofredus ad L. 183. D. *de reg. jur.* (in opusc. ed. Trotz p. 1187 sq.) — Vgl. auch Müller observat. pract. ad *Leyseri* med. T. I. Fasc. 1. obs. 5. p. 29 sq. Westphal in der unten (Note 6) anzuführenden Schrift §. 19. Meine Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 26 fg.

3) L. 15. C. *de testamentis.*

der Kaiser Constantin die Nothwendigkeit auf, bei der Erbeseinsetzung bestimmte Formeln und Ausdrücke zu gebrauchen, „quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum." Wie kann man nun hieraus eine Regel bilden, welche alles förmliche Recht geradezu zerstören würde!

Eine andere Frage ist: ob in Nothfällen ein Testament ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Solennitäten errichtet werden dürfe? Man setze den Fall, Jemand verfällt plötzlich in eine tödtliche Krankheit an einem Orte, wo ihm nur zwei fähige Zeugen zu Gebote stehen; vor diesen errichtet er sein Testament und stirbt unmittelbar darauf. Für die Giltigkeit dieses Testaments scheint der allgemeine Billigkeitsgrund angeführt werden zu können: impossibilium nulla obligatio est [4]). Indessen sind die dagegen sprechenden Gründe überwiegend. Die Gesetze haben auf einzelne solcher Nothfälle Rücksicht genommen und dafür die Beobachtung der regelmäßigen Solennitäten ganz oder zum Theil erlassen [5]). Daß dabei nicht etwa nur eine allgemeine Regel angewandt ist, ergiebt sich aus dem Inhalte dieser besonderen Bestimmungen mit unzweifelhafter Gewißheit. Bei dem zur Pestzeit errichteten Testamente ist nur die s. g. unitas actus nachgelassen, es gilt also nicht anders, als wenn sieben Zeugen dabei zugezogen sind; ob dies dem Testirer möglich war oder nicht, kommt nicht in Betracht. So erfordert auch das auf dem Lande errichtete Testament

4) L. 185. D. *de reg. jur.*

5) Es gehören dahin die Testamente der Nichtsoldaten, welche in hostico testiren (L. ult. D. *de test.*), die zur Pestzeit errichteten Testamente (L. 8. C. *de test.*), so wie die s. g. testamenta ruri condita (L. ult. C. *eod.*).

wenigstens fünf Zeugen; für den Nothfall sind nur die beiden übrigen nachgelassen, so wie auch das Erforderniß der Unterschriften. Wir sehen hieraus, daß dies reine Ausnahmsfälle sind, die theils wegen ihrer Eigenthümlichkeit, theils wegen der für Ausnahmen geltenden strengen Interpretationsgrundsätze auf andere Fälle weder angewandt werden können, noch dürfen [6]. Ja ob es zweckmäßig seyn würde, wenn ein Gesetz eine ganz allgemeine Modification für die Nothfälle sanctionirte, ist eine Frage, die sich schwerlich bejahen läßt. Es würde dadurch dem Einschwärzen falscher Testamente nur allzuleicht Vorschub geschehen, und worin besteht denn am Ende hier der Nothfall? Ist einem Erblasser so sehr daran gelegen, daß es nicht bei der Intestaterbfolge sein Bewenden behalte, so mag er seine Anordnungen bei guter Zeit treffen und braucht es auf einen Nothfall gar nicht ankommen zu lassen. Und daß Jemand ohne Testament stirbt, ist, wie Westphal mit Recht bemerkt, kein großes Unglück; ihn trifft dadurch kein Nachtheil, und schon darum ist kein Grund vorhanden, den Billigkeitssatz: Noth kennt kein Gebot, hier zur Anwendung zu bringen [7].

Nach einer sehr gewöhnlichen Meinung convalescirt ein injustum und nullius momenti testamentum durch

6) S. überhaupt E. C. Westphal Untersuchung der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen ausserordentlichen Nothfalls wegen giltig sey? (auch abgedr. in Koppe's niedersächs. Archiv für Jurisprudenz Bd. II. S. 293 fgg.) Mit Recht erklärt sich gegen die Ausdehnung auch G. H. Ayrer (resp. Grussenberg) Diss. de testamenti minus solemnis coram uno teste nuncupati probatione jurejurando heredis supplenda (Goett. 1748) §. 30.

7) Westphal a. a. O. §. 16. 17.

Anerkennung der Intestaterben [8]). Indessen ist diese Annahme mit anderen Rechtsgrundsätzen schwerlich zu vereinigen; denn „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest" [9]). Zwar ist es ausser Zweifel, daß der Intestaterbe durch Anerkennung des Testaments auf sein Recht wirksam verzichtet, sein gesetzliches Erbrecht wider den Testamentserben geltend zu machen [10]). Aber ein Convalesciren des Anfangs ungiltigen Testaments darf man dies nicht nennen. Der eingesetzte Erbe behält die Erbschaft nicht als solcher, oder aus dem Testament, sondern in Folge des Verzichts der Intestaterben [11]), welche im Rechtssinne als die wahren Erben zu betrachten sind [12]). A. D. Weber.

8) Sie findet sich auch bei Hellfeld in diesem §.

9) L. 210. D. *de regul. jur.* Vgl. auch L. 29. *eod.*

10) Arg. L. 16. §. 1. C. *de test.* L. 2. u. 23. C. *de fideic.*

11) Denn da ein solches Testament im Rechtssinne überall nicht existirt, so darf man auch nicht sagen, daß aus dem Testamente succedirt werde. (L. 2. §. 1. D. *test. quemadm. aper.* „Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est; sed *abusive* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, *vel injusta*, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere"). — *Jos.* Averanii interpr. jur. Lib. I. c. 10. Nr. 23 sqq. — *Chr. Ulr.* Grupen disceptationes forenses. Cap. V. p. 361. u. p. 364—390. (§. 1—8). — *Alb. Phil.* Fricke (resp. *Ge. Frid.* Maack) diss. de testamento nullo insequuta heredum ab intestato adprobatione nunquam in formam validi testamenti reconvalescente. Helmst. 1771. 4.

12) Der verzichtende Intestaterbe verfügt über die Erbschaft, gerirt sich also dadurch als Erben; s. Bd. 37. d. Comment. S. 269 fg. Ueber die rechtliche Verschiedenheit

welcher über die Sache im Ganzen die richtigen Grundsätze vorträgt, macht noch den Unterschied, ob das Testament stricto jure giltig ist, und nur Gründe der Billigkeit zur Aufhebung desselben eintreten, oder ob dasselbe von Anfang an de jure nicht gilt. In jenem Falle habe die Anerkennung volle Wirksamkeit, der Testamentserbe sey und bleibe also wirklicher Erbe, ein gleich Anfangs ungiltiges Testament dagegen könne durch Anerkennung der Intestaterben nicht in ein giltiges umgeschaffen werden [13]). Auf ein injustum testamentum leidet diese Distinction indessen überall keine Anwendung, da ein solches ipso jure als gar nicht existirend zu betrachten ist, und nicht einmal eine secundum tabulas Bonorum possessio daraus gegeben wird [14]). Ein als inofficiosum oder durch contra tabulas B. P. zu rescindirendes Testament bleibt freilich bei Kräften, wenn der betheiligte Notherbe das Testament anerkennt, indem die Rescission

zwischen der Convalescenz eines Testaments und der Uebertragung des Erbrechts mittelst Verzichts s. Averanii interp. Lib. I. C. 10. Nr. 31 sqq. Grupen l. l., Fricke diss. cit. §. X. p. 54—56. und unten Note 17.

13) Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1427. S. 229.

14) S. Bd. 34. des Comment. S. 277 fg. Bd. 37. S. 6. — Wenn von einer sec. tab. B. P. aus tabulae non jure factae die Rede ist (z. B. bei *Gajus* Inst. II. §. 120.), so ist unter einem solchen Testamente ein nur mit sieben Zeugen Siegeln versehenes (das prätorische) im Gegensatz des Mancipationstestaments gemeint. Dieser Unterschied existirt im neueren Recht nicht mehr, und da darf man sich nur an den Grundsatz halten: jus Praetorium subsequitur jus civile (L. 14. D. *de testib.* XXII. 5.), d. h. aus einem ungiltigen Testamente wird auch keine B. P. gegeben.

zwar aus einem gleich bei Errichtung des Testaments schon vorhandenen Grunde erfolgt, ein solches Testament aber nicht für null und nichtig zu halten ist [15]). Ein

15) S. soviel das inofficiosum testamentum anbetrifft die L. 8. §. 10. L. 12. §. 2. L. 32. §. 1. D. *de inoff. test.* L. 31. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). In Ansehung der contra tabulas B. P. aber L. 6. §. 1. D. *de Bonor. possessionib.* XXXVII. 1. („— — *rescindit eorum capitis deminutionem* Praetor"). L. 2. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* XXXVII. 11. („Voluit (Praetor) primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, *mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum*"). L. 50. §. 4. D. *de bonis libertor.* — Gruppen discept. cit. §. 3. p. 372. — Bd. 36. d. Comment. S. 327. Note 18. — Gewöhnlich versteht man übrigens die L. 17. D. *h. t.* so, daß auch, wenn ein filius suus präterirt, mithin entschieden Nullität des Testaments vorhanden war (L. 7. D. *de lib. et post.*), die Abstention des präterirten Notherben dem Testamente Giltigkeit nach prätorischem Rechte verschafft, d. h. die Folge gehabt hätte, daß die eingesetzten Erben mit Ausschluß der Intestaterben eine wirksame secundum tabulas B. P. erhalten konnten. Selbst Averanius, der das Prinzip so vortrefflich durchführt, daß ein nichtiges Testament durch die Genehmigung der Intestaterben nicht in ein giltiges verwandelt werden könne, weiß sich hier doch nicht anders zu helfen, als daß er zwischen civilrechtlicher und prätorischer Giltigkeit unterscheidet: die letztere erhalte das Testament durch Abstention des suus heres (Interpr. jur. Lib. I. C. 10. 11.) Nun könnte man dies immer gelten lassen, ohne daß hieraus für das Recht des formlosen Testaments etwas folgen würde; denn aus einem unter den civilrechtlichen oder prätorischen Förmlichkeiten errichteten Testamente, wenn es auch wegen Präterition eines

durch agnatio Postumi rumpirtes Testament dagegen gilt, wenigstens wenn der Postumus den Erblasser überlebt, einem nichtigen gleich[16]); wenn derselbe also das Testament agnoscirt, so kann dies keine anderen Wirkungen erzeugen, als wenn ein von vorne an nichtiges Testament agnoscirt wird. Auch insoferne ist daher die Webersche Distinction etwas zu berichtigen, da sie den durch Anerkennung convalescirenden Testamenten schlechthin nur die gleich Anfangs ungiltigen entgegensetzt[17]).

suus heres nichtig war, würde doch immer eine secundum tabulas B. P. (wenigstens sine re) gegeben, nicht aber aus dem formlosen (s. Note 14). Indessen nach der an einem anderen Orte dieses Commentars (Bd. 36. S. 329—333.) bereits vorgetragenen richtigeren Erklärung ist die L. 17. cit. von einem Falle zu verstehen, wo zwar der Präterirte ein filius suus, aber die mit ihm gleich berechtigten Intestaterben eingesetzt waren. Hier bekamen sie natürlich Alles als Erben, da ihrem Erbrechte Niemand weiter im Wege stand. — Im Wesentlichen stimmt mit dieser Erklärung auch überein Fricke diss. cit. §. 9.

16) L. 1. C. *de lib. et post.* (VI. 29).

17) Eine consequente Anwendung des Unterschiedes zwischen nichtigen und durch Rechtsmittel zu rescindirenden Testamenten führt hier also zu dem Resultate: daß ein Verzicht des Intestaterben in dem ersten Falle ihn den Ansprüchen der Gläubiger unterwirft, gleich wie einen Erbschaftskäufer. (L. 2. C. *de her. vel act. vend.* IV. 39); in dem zweiten aber die Gläubiger sich nach wie vor an den Testamentserben halten. Wie verhält es sich nun aber mit den Vermächtnißnehmern? Hier scheint die Analogie des Verkaufs einer mit Vermächtnissen belasteten Erbschaft nicht zur Anwendung kommen zu können; denn die Schul-

Daß übrigens die Anerkennung des unförmlichen Testaments auch stillschweigend geschehen kann, darf nicht bezweifelt werden, da Willenserklärungen dieser Art überhaupt nicht an bestimmte Formen gebunden sind. „Recusari hereditas non tantum verbis *sed etiam re* potest, et *alio quovis iudicio voluntatis*" sagt Paulus [18]); eine Aeusserung die hier ausser Zweifel an-

den muß auch der Intestaterbe entrichten, zur Auszahlung von Vermächtnissen aus einem injustam testamentum ist er aber nicht verpflichtet. Man könnte also sagen: da er durch den Verzicht sein Recht auf den Testamentserben übertrage, so falle das Recht auf die Vermächtnisse ganz weg. Wenn indessen der Intestaterbe das Testament seinem ganzen Inhalte nach agnoscirt, so muß diese Anerkennung den Vermächtnißnehmern eben so gut zu Statten kommen, wie dem eingesetzten Erben; diese fordern mithin, was ihnen gebührt, gleich einer auf der Erbschaft lastenden Schuld. Würde aber der Intestaterbe ausdrücklich erklären, daß er nur zum Besten des Testamentserben verzichte und diesem sein ganzes Recht übertrage, so müßte den Vermächtnißnehmern der Beweis nachgelassen werden, daß das Testament ein zu Recht beständiges sey; arg. L. 3. D. *de transactionib.* II. 15. („Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum" u. s. w.). S. auch die am Schlusse dieses §. enthaltene Ausführung über die Wirkung eines Vergleichs zwischen dem gesetzlichen und dem Testaments-Erben.

18) L. 95 D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2). — Diese Stelle findet sich auch in den sent. receptae von Paulus Lib. IV. Tit. 4. §. 1. Cujacius in den Noten zu Jul. Paulus macht hierbei auf den Unterschied zwischen recusare und repudiare hereditatem aufmerksam. Daß die Repudiatio habe in jure geschehen müssen, wie er annimmt, läßt sich schwerlich beweisen (s. Schul-

gewandt werden kann, indem die Agnition eines solchen Testaments von Seiten der Intestaterben zwar keine eigentliche Convalescenz desselben bewirkt, immer aber eine wirksame Entsagung auf die Erbmasse zum Besten der Testamentserben enthält. Hiernach würde denn namentlich die Annahme eines in dem Testamente hinterlassenen Vermächtnisses einen Verzicht begründen, wie dies auch in Beziehung auf die mögliche Impugnation eines Testaments durch **contra tabulas B. P.** oder **inofficiosi querela** ausdrücklich anerkannt ist[19]). Indessen heißt es an einer anderen Stelle von Paulus: „**Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum,** ***sed et non jure factum contendere;*** **inofficiosum autem dicere non permittitur**"[20]). Unmöglich kann er damit haben sagen wollen: die Annahme eines Vermächtnisses hindert den Intestaterben nie, seine Ansprüche gegen das **testamentum injustum** geltend zu machen. Denn wenn der Intestaterbe weiß, daß das Testament nicht gilt und daß er der nächste gesetzliche Erbe ist, so kann er seine Billigung der letztwilli-

ZING in der Note zur angef. Stelle von Paulus, Jurisprud. antejust. p. 393); aber die Verschiedenheit der Begriffe selbst ist hier anzuwenden. Der gesetzliche Erbe sagt sich nicht eigentlich los von der Erbschaft (hereditatem non repudiat), sondern er verzichtet nur auf die Vortheile daraus zum Besten eines Anderen (Vgl. noch, was am Schluß dieses §. über die Sache gesagt ist).

19) L. 8. §. 10. L. 12. §. 2. L. 31. §. 3. L. 32. §. 1 D. *de quer. inoff. test.* L. 3 in f. L. 14 pr. D. *de B. P. contra tab.*

20) L. 5 pr. D. *de his quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9).

gen Verfügung wohl nicht sprechender an den Tag legen, als durch die Annahme eines ihm darin ausgesetzten Vermächtnisses, und er steht mit sich in offenbarem Widerspruch, wenn er hinterher noch sein Intestaterbrecht geltend machen will[21]. In der That ist man denn auch wohl ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß hierbei an einen Irrthum des Intestaterben gedacht werden müsse. Aber auch die querela inofficiosi testamenti wird durch ein irrthümlich angenommenes Vermächtniß nicht aufgehoben[22]; worin besteht denn hier nun der Unterschied zwischen testamentum injustum und inofficiosum? Die Wahrheit zu sagen, ist ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden in Beziehung auf die aufgeworfene Frage überall nicht vorhanden. Hätten wir die Stelle vollständig, so würden wir höchst wahrscheinlich finden, daß Paulus hier von dem Satze ausgieng: wer durch einen Rechtsirrthum verleitet eine letztwillige Verfügung anerkennt oder erfüllt, kann seine Handlung nicht wieder rückgängig machen[23]. Nun schließt er so: wenn der Notherbe ein in dem testamentum inofficiosum ihm ausgesetztes Vermächtniß annimmt, so ist er entweder überall nicht im Irrthum, oder es kann doch sein Irrthum nur ein juris error seyn, wogegen beim injustum oder falsum testamentum ein factischer Irrthum des gesetzlichen Erben sehr

21) In Beziehung auf das falsum testamentum, welches hier mit dem injustum zusammengestellt wird, ist dies auch deutlich genug anerkannt in L. 3 D. *ad Leg. Cornel. de fals.* (XLVIII. 10) und L. 30 *eod.* (IX. 22).

22) S. Bd. 35 des Comment. S. 455.

23) L. 9. §. 5. D. *de jur. et facti ignor.* (XXII. 6). S. auch unten Note 39. 40.

leicht gedenkbar ist. Dieser weiß etwa nur, daß ein Testament vorhanden und ihm darin ein Vermächtniß ausgesetzt sey; an der förmlichen Giltigkeit oder Rechtheit desselben zweifelt er nicht, und erst nach angenommenem Vermächtnisse erfährt er das Gegentheil. Der Notherbe dagegen muß natürlich wissen, daß er im Testamente nicht gehörig berücksichtigt sey, denn sonst läßt es sich ja gar nicht denken, daß er sich als bloßer Vermächtnißnehmer geirrt; ein Irrthum in Beziehung auf seine Befugniß, gegen ein solches Testament mit der Querel aufzutreten, kann nur dem Kreise des Rechtsirrthums angehören. Daß Paulus so argumentirte, nimmt auch der Scholiast zu den Basiliken an[24]), und es läßt sich gegen die Richtigkeit dieser Argumentation schwerlich etwas Gegründetes erinnern, wenn man von der, allerdings wohl in den meisten Fällen zutreffenden, Voraussetzung ausgeht, daß dem Notherben sein persönliches Verhältniß zu dem Erblasser nicht unbekannt sey. Offenbar setzt der Jurist dies voraus. Denken wir uns aber das Gegentheil, so würde auch die querela inofficiosi testamenti dem nicht abgesprochen werden dürfen, welcher ein Vermächtniß aus dem Testamente entgegengenommen hat (Note 22), und so ist denn die Regel: post legatum acceptum inofficiosum dicere testamentum non permittitur in ihrer Allgemeinheit gewiß nicht richtig[25]).

Eine andere Frage ist aber die: ob der gesetzliche Erbe seines Vermächtnisses verlustig gehe, (es restituiren müsse, oder gar nicht fordern dürfe), wenn er das Te=

24) Lib. Basilicor. LX. Tit. 42 ed. *Fabr.* T. VII. p. 754. Schol. p.

25) S. auch die Glossa *acceptum* ad L. 5 pr. D. *de his quae ut indignis.*

stament als injustum impugnirt, dann aber nicht durchdringt? Darauf kommt Paulus unmittelbar nach jenem Satze 26): „Ille, qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum secutus 27) postea falsum dixit, amittere debebit, quod consecutus est. De eo vero, qui legatum accepit, si neget, jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: *Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit* 28), *et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso jure poterunt. Prohibendi autem sint, an non, ex cujusque persona, conditione, aetate cognita causa a judice constituendum erit*“ 28 a). Im Eingange stellt Paulus

26) L 5. §. 1 D. *de his quae ut indign.*

27) Die bisweilen sich findende Abweichung *consecutus* st. secutus beruht wahrscheinlich auf bloßer Conjectur, die aber durchaus unnöthig ist, da *sequi legatum* soviel heißt als: das Legat in Folge der testamentarischen Verfügung annehmen; s. *Jo.* CANNEGIETER ad Ulp. Fragm. Tit. 20. §. 9.

28) POTHIER Pand. Justin. T. II. in praetermissis et supplendis p. 715 ad Tit. de his quae ut indign. Nr. XV. führt zu diesen Worten folgendes passende Beispiel an: „Finge servum proprium testatoris, qui liber credebatur, ex asse institutum sine libertate.“

28 a) Die Worte „Prohibendi“ u. s. w., welche ohne Zweifel noch zu dem Rescript gehören, pflegen in den Ausgaben (namentlich in der Kriegelschen) davon getrennt zu werden. So zweckmäßig es nun auch ist, Edictsworte, Rescripte u. s. w. durch besonderen Druck aus-

den Satz auf: Wer zuerst den vergeblichen Versuch gemacht habe, das Testament als injustum über den Haufen zu stoßen, könne nichts destoweniger ein ihm darin ausgesetztes Vermächtniß fordern. Das Nämliche sagt auch an einer anderen Stelle desselben Titels Papinian[29]), unter dem hinzugefügten Grunde: „quoniam de jure disputavit (filius), non judicium impugnavit" (patris), d. h. da er nur formelle Mängel rügt[30]), nicht aber seinen Angriff geradezu gegen den erklärten Willen des Vaters richtet[31]). Hiernächst hebt Paulus einen Unterschied hervor, der sich zwischen den Fällen findet, wo das Testament als unächt, verfälscht oder untergeschoben (falsum) und wo es als injustum angefochten wird: wer im ersteren Falle abgewiesen wird, verliert allemal das Vermächtniß[32]). Wer dagegen nur Formlosigkeit des Testaments behauptet, der kann, wenn auch das Testament für giltig erklärt wird, immer noch das Vermächtniß fordern; nur wenn er es bereits vor Anstellung der Klage erhalten hat, so soll nach den besonderen Umständen des Falls und der Persönlichkeit bestimmt werden, ob das Vermächtniß zurückgegeben werden

zuzeichnen, so möchte es doch gerathener seyn, da, wo der Herausgeber seiner Sache nicht ganz gewiß seyn kann, dies lieber zu unterlassen, indem hiedurch die größten Mißverständnisse herbeigeführt werden können.

29) L. 24 D. *de his quae ut indign.*

30) Ueber den Ausdruck *de jure disputare*, d. h. ein Testament aus dem Grunde anfechten, daß es mit einem Mangel der äusseren Form behaftet sey, s. den ersten Bd. dieses Comment. §. 1. S. 10. Nr. 13. Note 26.

31) S. Brissonius v. judicium §. 4.

32) Vgl. L. 8 C. *de his quib. ut indign.* (VI. 35).

müsse oder nicht [33]). Der Grund dieser Verschiedenheit ist wohl folgender: Wenn Jemand ein Vermächtniß aus dem Testamente annimmt, so hat er dadurch factisch das Testament anerkannt. Will er es dennoch als injustum anfechten, so kann er dies thun; allein man darf alsdann wohl erwarten, daß er dabei mit der sorgfältigsten Erwägung der thatsächlichen und Rechts-Gründe zu Werke gehen werde. Ergiebt sich nun, daß er die Giltigkeit des Testaments ohne Grund bestritten habe, so offenbart sich hierin ein so hoher Grad von Sorglosigkeit und Mangel an Rücksicht auf den Willen dessen, welcher ihm wohlthun wollte, daß dies sehr füglich als unwürdige Gesinnung (Indignität) im Sinne der Römer behandelt werden konnte. Nur ausnahmsweise, und namentlich wenn der Intestaterbe zu den Personen gehört, denen Leichtsinn und Rechtsunwissenheit verziehen werden, soll ihm das Vermächtniß gelassen werden; darum darf hierüber nur causa cognita entschieden werden.

Hiernach sind die Worte: „Prohibendi autem sint, an non" auf die Ausschliessung von den Vermächtnissen zu beziehen, und in diesem Sinne fassen denn auch die Basiliken den ganzen Satz

33) Schol. Basilic. T. VII. p. 754. Schol. r; welches in der Uebersetzung so lautet: „Puta an mulier, vel miles, vel rusticus, vel minor viginti quinque annis sit is, qui legatum accepit." Hier sind also die Personen genannt, denen Rechtsunwissenheit verziehen wird. Doch ist schwerlich anzunehmen, daß nach der Meinung des Juristen andere Billigkeitsgründe, z. B. ein sehr zu entschuldigender Irrthum des gesetzlichen Erben ausgeschlossen seyn sollten.

auf[34]). Cujacius dagegen geht davon aus, daß der Intestaterbe, welcher das Testament als injustum impugnirt, allemal das Vermächtniß behält; er will daher das *prohibere* auf die hereditatis petitio ex causa injusti testamenti bezogen wissen[35]). Allein nach dieser Erklärung fehlt es der Darstellung an allem Zusammenhange, der wenigstens viel besser hervortritt, wenn man die Stelle des Paulus (so weit sie hieher gehört) in folgende Gedanken auflöst: a) Wer ein Vermächtniß erhalten hat, kann das Testament immer noch als falsum oder injustum anfechten; b) die Abweisung der hereditatis petitio ex causa injusti testamenti hat noch keineswegs Verlust des Vermächtnisses zur Folge, wie dies stets der Fall ist, wenn der Legatar ein Testament als unächt oder untergeschoben impugnirt; c) selbst alsdann tritt jenes nicht immer ein, wenn der Kläger das Vermächtniß schon erhalten hatte, ehe er zur Klage schritt. So rescribirt der Kaiser Antoninus Pius: auch nach angenommenem Vermächtnisse könne man die hereditatis petitio anstellen. Ob man aber (im Falle des Unterliegens) die Vermächtnisse behalten dürfe, sey nach den besonderen Umständen des Falls und der Personen zu bestimmen. Zu läugnen ist freilich nicht, daß man hiernach das *prohibendi sint* u. s. w. nicht mit dem unmittelbar vorausgegangenen Satz verbinden darf,

34) Tit. 42. Lib. LX. Tom. VII. p. 745. Es heißt hier in der Kürze so: Wer das Testament als falsum impugnirt, der verliert das Vermächtniß, behauptet er, dasselbe sey injustum, so soll der Richter arbitriren, ob er die Vermächtnisse behält, oder nicht.

35) Ad Leg. 5. §. 1 D. *de his quae ut indign.* (opp. T. VII. p. 1483. 1484 ed. Neapol.).

der allerdings von der hereditatis petitio spricht[36]); indessen untersucht Paulus ja in dem §. 1 überhaupt nicht: ob die hereditatis petitio post acceptum legatum noch angestellt werden könne (denn davon war ja im Prooemium schon die Rede gewesen), sondern ob der Kläger das Legat behalten dürfe? Mag man übrigens die hier vorgetragene Interpretation, oder die von Cujacius billigen, so wird man doch auf jeden Fall hinreichenden Grund haben, die Emendationen von Jensius[37]) und Cannegieter[38]) zu verwerfen, wonach das *non* vor repellitur (im Eingange des §. 1) gänzlich zu streichen, oder in *modo* zu verwandeln ist, so daß mithin der Jurist sagen würde: auch wer mit der her. pet. ex c. inj. test. abgewiesen werde, verliere allemal das Vermächtniß. Handschriftliche Autoritäten dafür giebt es meines Wissens keine, und der Grund, den besonders Jensius geltend macht, daß ja auch dem, qui falsum dixerit testamentum, nec obtinuerit, das Vermächtniß abgesprochen werde, da doch zwischen der Befugniß ex causa injusti oder falsi test. zu klagen kein Unterschied gemacht sey, — ist sehr leicht zu widerlegen. Eine nicht begründete Klage aus dem letzteren Grunde ist an sich gehässiger, als aus dem ersten, und überdies ist ja in anderen Stellen deutlich genug bestimmt, daß die Anfechtung des Testaments als injustum an sich das Vermächtniß nicht vernichte (Note 29).

36) Die Glossa *nec obtinuit* zu dieser Stelle will übrigens die Worte *Prohibendi* u. s. w. zugleich auf die Erbschaftsklage und auf die Vermächtnisse bezogen wissen.

37) *Jo.* Jensii ad Justiniani Codicem ac Pand. stricturae (ed. Rotterd. 1749) p. 309 sq.

38) *Jo.* Cannegieter ad Ulpiani Fragm. Tit. 20. §. 9.

Als wirksame Anerkennung des Testaments ist es auch zu betrachten, wenn der Intestaterbe den Willen des Erblassers erfüllt, d. h. dem Testamentserben oder den Vermächtnißnehmern die Erbschaft oder die Objecte der Vermächtnisse aushändigt; wenigstens kann er das Geleistete nur alsdann zurückfordern, wenn dabei ein factischer Irrthum obwaltete. Ob er sich in seinem Gewissen für verbunden hielte so zu handeln, oder eine reine Liberalität ausüben wollte, oder durch Rechtsunkunde sich zu seiner Handlungsweise verleiten ließ, ist hier gleichgiltig [39]). Denn die Erfüllung letztwilliger Verfügungen betrachtete man bei den Römern als Gewissenspflicht des Erben, die man sogar den Natural-Obligationen gleichstellte, nur mit dem Unterschiede, daß factischer Irrthum die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen, also eine indebiti cond. für den Testamentserben begründete [40]). Nun haben die Quellen hierbei freilich nur solche Fälle vor Augen, wo ein Testaments- oder gesetzlicher Erbe ungiltig angeordnete Codizillar-Dispositionen erfüllte. Allein der Grundsatz, worauf die besonderen Entscheidungen beruhen, ist so allgemein ausgesprochen [41]), daß man nicht umhin kann, ihn auch auf den, allerdings wohl höchst selten vorkommenden Fall zu beziehen, wo ein im Besitz des Vermögens sich befin-

39) L. 2 C. *de fideic.* (VI. 42) und arg. L. 2 C. *si adv. solut.* (II. 33) und L. 7 C. *de cond. ind.* (IV. 5). L. 9 in f. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50).

40) S. meine Abhandl. über juris u. facti ignorantia, im Archiv für civ. Pr. Bd. II. Abh. XXXV. S. 393 fg.

41) L. 2 C. *de fideic.* — — „quum non ex ea scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satis factum esse videatur.“

bender Intestaterbe sich für verpflichtet hält, dasselbe dem in einem injustum testamentum eingesetzten Erben herauszugeben [42]). Bedenklich könnte es zwar scheinen:

42) Gegen die Allgemeinheit dieses Prinzips möchte man sich vielleicht auf die L. 4 C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18) beziehen, worin die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren, wie folgt: „Si *post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit*, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem V. C., testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas." Der nächste Intestaterbe war hier mit Nichtberechtigten in einem ungültigen Testamente eingesetzt; er theilt mit diesen in Gemäßheit des Testaments; hinterher ergiebt sich, daß das Testament mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, und nun will er von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen, wozu ihn auch die Kaiser für befugt erklären. (So bestimmen den Sinn der Stelle auch die Basiliken, Lib. II. Tit. 4. Fr. 13. ed. *Heimb.* T. I. p. 84). — Allein zuvörderst ist hier von einem factischen Irrthum die Rede —, erst nach erfolgter Theilung entdeckt man die fehlerhafte Beschaffenheit des Testaments —; sodann aber darf man wohl sagen: daß die Eigenschaft, in welcher Jemand eine an sich unverbindliche Handlung vornimmt, auch wirklich vorhanden seyn muß. Wenn der Intestaterbe ein im Rechtssinne nicht existirendes Testament durch That oder Worte für giltig erklärt, so handelt er hier in der unzweifelhaft ihm zustehenden Qualität eines gesetzlichen Erben, und darum hat seine Handlung rechtliche Bedeutung. Bei der fraglichen Theilung verfuhr aber Der, an welchen das Rescript gerichtet ist, als Testamentserbe, dies war er aber gar nicht, da kein zu Recht beständiges Testament existirte. Wenn ein ver-

ob man eine solche Handlung aus dem Gesichtspuncte ansehen dürfe, daß der gesetzliche Erbe sein Recht auf den Testamentserben übertrage? Denn besonders wenn er durch einen Rechtsirrthum zu seiner Handlungsweise bewogen wurde, so glaubt er ja selber, gar kein Recht zu haben, er hält vielmehr das Testament für giltig und weicht nur als bloßer Erbschaftsbesitzer dem wirklichen Erben; wie kann er denn also hier ein ihm zustehendes Recht auf den eingesetzten Erben übertragen wollen. Allein auf die Meinung des Intestaterben kommt überall nichts an. Wer durch Testament oder Gesetz zur Erbschaft berufen ist, und solche Handlungen vornimmt, zu denen nur ein Erbe berechtigt seyn kann (und dazu gehören ausser Zweifel Verfügungen über die Erbschaft), der muß nun auch als Erbe behandelt werden, falls er nicht bei Vornahme jener Handlungen sich durch eine gehörige Protestation dagegen verwahrt [43]), die man aber in dem vorliegenden Falle doch wohl als eine pro-

meintlicher Testamentserbe Vermächtnisse erfüllt, so ist dies wirkungslos (L. 2. §. 1. u. L. 3 D. *de cond. indeb.* XII. 6), und wenn Jemand in der Meinung, er sey Testamentserbe, Rechte aufgiebt, so ist ihm dies unnachtheilig für seine Qualität als Intestaterbe. L. 17. §. 1 D. *de acq. v. o. h.* (XXIX. 2).

43) Es heißt zwar: das *pro herede gerere* sey non tam facti, quam animi (in L. 20 pr. D. *de a. v. o. h.*). Indessen soll dieser animus aus gewissen Handlungen gefolgert werden, wenn nicht eine Protestation hinzugefügt wird (L. 20. L. 86. §. 2 *eod.* L. 2 C. *de jure delib.*), welche denn natürlich durch die Art und Beschaffenheit der Handlung selbst nicht ausgeschlossen seyn darf. Mehr von der Wirkung einer Einmischung in die Erbschaft wird unten beim §. 1492 vorkommen.

testatio facto contraria behandeln müßte. Will er mit der ganzen Sache nichts zu thun haben, oder von möglichen Ansprüchen als Erbe sich völlig frei halten, so braucht er nur schlechthin zu erklären, daß er auf die Intestaterbfolge verzichte (worin eine wahre repudiatio hereditatis liegt), in welchem Falle denn sein Recht auf den nächstfolgenden Intestaterben übergeht, der nun aber wider den Testamentserben, wenn dieser nicht weichen will, die hereditatis petitio ex causa injusti testamenti anstellen muß.

Nicht zu verwechseln mit dem, was bisher über Anerkennung eines Testaments und über Verzichtleistung des Intestaterben gesagt wurde, ist der Fall, wenn der gesetzliche und der Testaments-Erbe sich über ein Testament vergleichen —, ungeachtet in mancher Beziehung dieselben Folgen daraus entstehen. — Wenn der Intestaterbe das Testament anerkennt, weil er sich dazu für verpflichtet hält, oder auch aus Grosmuth die Erbschaft dem Testamentserben überläßt, so kann man nicht eigentlich sagen, er habe sich mit diesem verglichen; denn ein Vergleich setzt immer voraus, daß ein Anspruch, seinem Rechtsgrunde oder seinem Erfolge nach, wenigstens subjectiv zweifelhaft sey [44]). Glaubt einer der Transigenten, auch seiner Seits noch so große Opfer zu bringen, so handelt er dabei doch immer in seinem Interesse, — er will nicht etwa eine Liberalität üben, son-

44) L. 1 D. *de transactionib.* (II. 15) „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, *qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.*" — S. Band V. d. Commentars §. 345. S. 3 fg. Nr. 1. Vgl. auch unten Note 48.

dern er sucht dadurch irgend einem Nachtheile zu entgehen. — Betrachten wir nun den Gegenstand vorläufig noch ganz unabhängig von den Bestimmungen unserer Quellen, so muß auch hier wieder unterschieden werden zwischen den Fällen, wo die Durchsetzung der Klage das Testament nur rescindirt, und wo der Ausspruch erfolgt, daß es im Rechtssinne eigentlich nie existirt habe, oder doch schon vor Anstellung der Klage ipso jure wieder zerstört worden sey. Im ersten Falle erklärt der Intestaterbe durch den Transact, daß er die Rescissionsklage nicht anstellen oder fortsetzen wolle; der Eingesetzte bleibt also Erbe. Auf den materiellen Inhalt des Vergleichs kommt dabei weiter nichts an. Auch wenn der Testamentserbe die ganze Erbmasse dem gesetzlichen Erben überliesse, so würde hieraus doch nur das Verhältniß entstehen können, als wenn dieser im Fall eines nichtigen Testaments zum Besten des eingesetzten Erben auf sein Recht Verzicht leistet. Nur in Folge des richterlichen Ausspruchs, daß der Erblasser nicht befugt gewesen sey, so zu testiren, nicht durch eine bloße Privatübereinkunft, kann das Erbrecht des Testamentserben aufhören und das des gesetzlichen Erben in Wirksamkeit treten. Hier hat also ein Vergleich stets die nämlichen Wirkungen, wie ein Verzicht (s. oben Note 17). Nicht eben so bei nichtigen Testamenten. Bei den durch Klage zu rescindirenden Testamenten steht allemal fest, wer Erbe sey; so lange die Rescission nicht erfolgt, ist es der Eingesetzte, das Recht des Intestaterben mag zweifelhaft oder unbestritten seyn. Wird aber Ungiltigkeit des Testaments von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten, so steht nichts fest, als die gegenseitigen Behauptungen. Welchen Einfluß kann nun hierauf

ein Vergleich haben? Direct überall keinen; denn durch Privatübereinkunft kann weder ein ungiltiges Testament in ein giltiges verwandelt, noch die Eigenschaft eines Erben vernichtet und auf einen Anderen übertragen werden [45]. Indessen können Vergleiche über solche Testamente natürlich nicht verboten werden, es muß daher auch irgend eine Norm geben, um darnach das rechtliche Verhältniß dritter, nicht mittransigirender, Personen zu bestimmen. Hierbei ist nun ein dreifacher Ausweg möglicherweise denkbar: Entweder betrachtet man das Testament als ein vollgiltiges, oder umgekehrt als ein nichtiges, oder man behandelt die Transigenten wie wenn sie Miterben wären. Der erste Ausweg ist gewiß der consequentere; denn im Zweifel ist immer die Giltigkeit einer letztwilligen Verfügung zu präsumiren [46], und der Grundsatz: ein Testament muß so lange für ein zu Recht beständiges gehalten werden, bis das Gegentheil feststeht, gilt an sich auch von nichtigen Testamenten, da er eigentlich nur auf einer allgemeineren Regel beruht, auf der Regel nämlich: daß ein factisch bestehender Zustand als ein rechtlicher anzusehen und zu schützen ist, wenn nicht die Unrechtmäßigkeit desselben nachgewiesen wird [47].

45) *C. U.* Grupen disceptationes forens. p. 360 sqq. und besonders p. 409. Nr. 2.

46) L. 10 pr. D. *de inoff. test.*

47) L. 2. L. 21 D. *de probationibus.* (XXII. 3). L. 4 in f. C. *de edendo.* (II. 1). — Auch die Nichtigkeitserklärung ist ja immer erst durch Prozeß zu bewirken (Bd. 37 des Comment. S. 251); somit leidet die Anwendung der allgemeinen processualischen Regel: actore non probante reus absolvitur, hierauf allerdings eine Anwendung.

Die zweite Möglichkeit hat unter der hier angenommenen Voraussetzung, daß wirklich das Recht des Testaments bestritten und zweifelhaft sey, gar keine Gründe für sich. Nur wenn bei entschiedenem Rechte des Notherben dennoch ein Vergleich erfolgt, — der Notherbe etwa wegen der Verwickelungen, worin sich das erbschaftliche Vermögen befindet, wegen schwieriger Auseinandersetzungen, oder zu befürchtender Streitigkeiten mit den Vermächtnißnehmern u. dgl. m. dem Testamentserben die Erbschaft gegen Uebernahme der Geschäfte und des Risiko überläßt; so hat er über ein an sich nicht zweifelhaftes Recht verfügt, folglich ist er im rechtlichen Verstande immer als Erbe zu behandeln [48]). Hievon ist aber jetzt nicht die Rede, und so bleibt denn nur zu erwägen übrig: ob sich der dritte Ausweg, die Transigenten als Miterben zu behandeln, mit der Voraussetzung

48) Ein Vergleich ist dies immer, nicht blos nach den Begriffen des gemeinen Lebens und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sondern auch im juristischen Sinne, da durch das Testament der Notherbe und der eingesetzte Erbe einander als Gegner gegenüber gestellt sind, der erstere aber nicht etwa weicht, weil er von dem Rechte des anderen Theils überzeugt ist, oder eine Liberalität üben will, sondern die Nachtheile, welche eine Uebernahme der Erbschaft möglicherweise für ihn haben könnte, dadurch zu entfernen sucht. (So ist es auch ein wahrer Vergleich, wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners mit ihm einen Nachlaßvertrag über ganz unzweifelhafte Forderungen eingehen, weil sie das Sichere dem Unsicheren vorziehen). In diesem Sinne nun ist der Ausdruck Vergleich oben Bd. 35 d. Comment. S. 270 genommen, wie sich auch aus dem Zusammenhange ergiebt.

eines Vergleichs über ein seiner Giltigkeit nach bestrittenes Testament vertrage? Dafür läßt sich allerdings anführen: daß keines der behaupteten Rechte feststehe, das eine also das andere auch nicht überwiegen könne, sondern das Prinzip der Theilung gleich begründeter und theilbarer Rechte zur Anwendung kommen müsse[48 a]). Indessen verdient der erste Ausweg offenbar den Vorzug, da er mit den allgemeinen Rechtsprinzipien viel besser übereinstimmt; in unseren Rechtsquellen ist aber der dritte gebilligt, und nur in Ansehung der durch Klage zu rescindirenden Testamente finden sich die obigen Resultate anerkannt. Dies soll jetzt bewiesen werden.

In der L. 29. §. 2 D. *de inofficioso testamento* heißt es: wenn der Querulant sich mit dem Testamentserben vergleiche: „tamen *testamentum in suo jure manet*, *et ideo* datae in eo libertates atque legata — — suam habent potestatem"[49]). Zwar ist hier nur von dem Verhältnisse der Vermächtnißnehmer die Rede, nicht von dem der Gläubiger; allein ganz allgemein heißt es: das Testament bleibe bei Kräften, und daraus wird nur gefolgert, daß auch die Vermächtnisse aufrecht erhalten werden. Uebereinstimmend hiermit sagt auch Scävola in dem ersten Buche seiner Digesten[50]):

48 a) Arg. L. 1. §. 6 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 33 D. *de leg.* I. — S. auch noch L. 4. §. 1 D. *si cui plus, quam per Legem Falcid. licuerit* (XXXV. 3). „Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, *tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis*" (Vgl. unten Note 70).

49) Vgl. hiermit Bd. 35 des Comment. S. 378.

50) L. 3 pr. D. *de transactionib.* (II. 15).

auf[34]). Cujacius dagegen geht davon aus, daß der Intestaterbe, welcher das Testament als injustum impugnirt, allemal das Vermächtniß behält; er will daher das *prohibere* auf die **hereditatis petitio ex causa injusti testamenti** bezogen wissen[35]). Allein nach dieser Erklärung fehlt es der Darstellung an allem Zusammenhange, der wenigstens viel besser hervortritt, wenn man die Stelle des Paulus (so weit sie hieher gehört) in folgende Gedanken auflöst: a) Wer ein Vermächtniß erhalten hat, kann das Testament immer noch als **falsum** oder **injustum** anfechten; b) die Abweisung der **hereditatis petitio ex causa injusti testamenti** hat noch keineswegs Verlust des Vermächtnisses zur Folge, wie dies stets der Fall ist, wenn der Legatar ein Testament als unächt oder untergeschoben impugnirt; c) selbst alsdann tritt jenes nicht immer ein, wenn der Kläger das Vermächtniß schon erhalten hatte, ehe er zur Klage schritt. So rescribirt der Kaiser Antoninus Pius: auch nach angenommenem Vermächtnisse könne man die **hereditatis petitio** anstellen. Ob man aber (im Falle des Unterliegens) die Vermächtnisse behalten dürfe, sey nach den besonderen Umständen des Falls und der Personen zu bestimmen. Zu läugnen ist freilich nicht, daß man hiernach das *prohibendi sint* u. s. w. nicht mit dem unmittelbar vorausgegangenen Satz verbinden darf,

34) Tit. 42. Lib. LX. Tom. VII. p. 745. Es heißt hier in der Kürze so: Wer das Testament als falsum impugnirt, der verliert das Vermächtniß, behauptet er, dasselbe sey injustum, so soll der Richter arbitriren, ob er die Vermächtnisse behält, oder nicht.

35) Ad Leg. 5. §. 1 D. *de his quae ut indign.* (opp. T. VII. p. 1483. 1484 ed. Neapol.).

der allerdings von der hereditatis petitio spricht[36]); indessen untersucht Paulus ja in dem §. 1 überhaupt nicht: ob die hereditatis petitio post acceptum legatum noch angestellt werden könne (denn davon war ja im Prooemium schon die Rede gewesen), sondern ob der Kläger das Legat behalten dürfe? Mag man übrigens die hier vorgetragene Interpretation, oder die von Cujacius billigen, so wird man doch auf jeden Fall hinreichenden Grund haben, die Emendationen von Jensius[37]) und Cannegieter[38]) zu verwerfen, wonach das *non* vor repellitur (im Eingange des §. 1) gänzlich zu streichen, oder in *modo* zu verwandeln ist, so daß mithin der Jurist sagen würde: auch wer mit der her. pet. ex c. inj. test. abgewiesen werde, verliere allemal das Vermächtniß. Handschriftliche Autoritäten dafür giebt es meines Wissens keine, und der Grund, den besonders Jensius geltend macht, daß ja auch dem, qui falsum dixerit testamentum, nec obtinuerit, das Vermächtniß abgesprochen werde, da doch zwischen der Befugniß ex causa injusti oder falsi test. zu klagen kein Unterschied gemacht sey, — ist sehr leicht zu widerlegen. Eine nicht begründete Klage aus dem letzteren Grunde ist an sich gehässiger, als aus dem ersten, und überdies ist ja in anderen Stellen deutlich genug bestimmt, daß die Anfechtung des Testaments als injustum an sich das Vermächtniß nicht vernichte (Note 29).

36) Die Glossa *nec obtinuit* zu dieser Stelle will übrigens die Worte *Prohibendi* u. s. w. zugleich auf die Erbschaftsklage und auf die Vermächtnisse bezogen wissen.

37) *Jo.* Jensii ad Justiniani Codicem ac Pand. stricturae (ed. Rotterd. 1749) p. 309 sq.

38) *Jo.* Cannegieter ad Ulpiani Fragm. Tit. 20. §. 9.

Als wirksame Anerkennung des Testaments ist es auch zu betrachten, wenn der Intestaterbe den Willen des Erblassers erfüllt, d. h. dem Testamentserben oder den Vermächtnißnehmern die Erbschaft oder die Objecte der Vermächtnisse aushändigt; wenigstens kann er das Geleistete nur alsdann zurückfordern, wenn dabei ein factischer Irrthum obwaltete. Ob er sich in seinem Gewissen für verbunden hielte so zu handeln, oder eine reine Liberalität ausüben wollte, oder durch Rechtsunkunde sich zu seiner Handlungsweise verleiten ließ, ist hier gleichgiltig [39]. Denn die Erfüllung letztwilliger Verfügungen betrachtete man bei den Römern als Gewissenspflicht des Erben, die man sogar den Natural-Obligationen gleichstellte, nur mit dem Unterschiede, daß factischer Irrthum die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen, also eine indebiti cond. für den Testamentserben begründete [40]. Nun haben die Quellen hierbei freilich nur solche Fälle vor Augen, wo ein Testaments- oder gesetzlicher Erbe ungiltig angeordnete Codizillar-Dispositionen erfüllte. Allein der Grundsatz, worauf die besonderen Entscheidungen beruhen, ist so allgemein ausgesprochen [41], daß man nicht umhin kann, ihn auch auf den, allerdings wohl höchst selten vorkommenden Fall zu beziehen, wo ein im Besitz des Vermögens sich befin-

39) L. 2 C. *de fideic.* (VI. 42) und arg. L. 2 C. *si adv. solut.* (II. 33) und L. 7 C. *de cond. ind.* (IV. 5). L. 9 in f. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50).

40) S. meine Abhandl. über juris u. facti ignorantia, im Archiv für civ. Pr. Bd. II. Abh. XXXV. S. 393 fg.

41) L. 2 C. *de fideic.* — — „quum non ex ea scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satis factum esse videatur."

bender Intestaterbe sich für verpflichtet hält, dasselbe dem in einem injustum testamentum eingesetzten Erben herauszugeben[42]. Bedenklich könnte es zwar scheinen:

42) Gegen die Allgemeinheit dieses Prinzips möchte man sich vielleicht auf die L. 4 C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18) beziehen, worin die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren, wie folgt: „Si *post divisionem* factam testamenti *vitium in lucem emerserit*, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem V. C., testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas." Der nächste Intestaterbe war hier mit Nichtberechtigten in einem ungiltigen Testamente eingesetzt; er theilt mit diesen in Gemäßheit des Testaments; hinterher ergiebt sich, daß das Testament mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, und nun will er von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen, wozu ihn auch die Kaiser für befugt erklären. (So bestimmen den Sinn der Stelle auch die Basiliken, Lib. II. Tit. 4. Fr. 13. ed. *Heimb.* T. I. p. 84). — Allein zuvörderst ist hier von einem factischen Irrthum die Rede —, erst nach erfolgter Theilung entdeckt man die fehlerhafte Beschaffenheit des Testaments —; sodann aber darf man wohl sagen: daß die Eigenschaft, in welcher Jemand eine an sich unverbindliche Handlung vornimmt, auch wirklich vorhanden seyn muß. Wenn der Intestaterbe ein im Rechtssinne nicht existirendes Testament durch That oder Worte für giltig erklärt, so handelt er hier in der unzweifelhaft ihm zustehenden Qualität eines gesetzlichen Erben, und darum hat seine Handlung rechtliche Bedeutung. Bei der fraglichen Theilung verfuhr aber Der, an welchen das Rescript gerichtet ist, als Testamentserbe, dies war er aber gar nicht, da kein zu Recht beständiges Testament existirte. Wenn ein ver-

ob man eine solche Handlung aus dem Gesichtspuncte ansehen dürfe, daß der gesetzliche Erbe sein Recht auf den Testamentserben übertrage? Denn besonders wenn er durch einen Rechtsirrthum zu seiner Handlungsweise bewogen wurde, so glaubt er ja selber, gar kein Recht zu haben, er hält vielmehr das Testament für giltig und weicht nur als bloßer Erbschaftsbesitzer dem wirklichen Erben; wie kann er denn also hier ein ihm zustehendes Recht auf den eingesetzten Erben übertragen wollen. Allein auf die Meinung des Intestaterben kommt überall nichts an. Wer durch Testament oder Gesetz zur Erbschaft berufen ist, und solche Handlungen vornimmt, zu denen nur ein Erbe berechtigt seyn kann (und dazu gehören ausser Zweifel Verfügungen über die Erbschaft), der muß nun auch als Erbe behandelt werden, falls er nicht bei Vornahme jener Handlungen sich durch eine gehörige Protestation dagegen verwahrt[43]), die man aber in dem vorliegenden Falle doch wohl als eine pro-

meintlicher Testamentserbe Vermächtnisse erfüllt, so ist dies wirkungslos (L. 2. §. 1. u. L. 3 D. *de cond. indeb.* XII. 6), und wenn Jemand in der Meinung, er sey Testamentserbe, Rechte aufgiebt, so ist ihm dies unnachtheilig für seine Qualität als Intestaterbe. L. 17. §. 1 D. *de acq. v. o. h.* (XXIX. 2).

43) Es heißt zwar: das *pro herede gerere* sey non tam facti, quam animi (in L. 20 pr. D. *de a. v. o. h.*). Indessen soll dieser animus aus gewissen Handlungen gefolgert werden, wenn nicht eine Protestation hinzugefügt wird (L. 20. L. 86. §. 2 *eod.* L. 2 C. *de jure delib.*), welche denn natürlich durch die Art und Beschaffenheit der Handlung selbst nicht ausgeschlossen seyn darf. Mehr von der Wirkung einer Einmischung in die Erbschaft wird unten beim §. 1492 vorkommen.

testatio facto contraria behandeln müßte. Will er mit der ganzen Sache nichts zu thun haben, oder von möglichen Ansprüchen als Erbe sich völlig frei halten, so braucht er nur schlechthin zu erklären, daß er auf die Intestaterbfolge verzichte (worin eine wahre repudiatio hereditatis liegt), in welchem Falle denn sein Recht auf den nächstfolgenden Intestaterben übergeht, der nun aber wider den Testamentserben, wenn dieser nicht weichen will, die hereditatis petitio ex causa injusti testamenti anstellen muß.

Nicht zu verwechseln mit dem, was bisher über Anerkennung eines Testaments und über Verzichtleistung des Intestaterben gesagt wurde, ist der Fall, wenn der gesetzliche und der Testaments-Erbe sich über ein Testament vergleichen —, ungeachtet in mancher Beziehung dieselben Folgen daraus entstehen. — Wenn der Intestaterbe das Testament anerkennt, weil er sich dazu für verpflichtet hält, oder auch aus Grosmuth die Erbschaft dem Testamentserben überläßt, so kann man nicht eigentlich sagen, er habe sich mit diesem verglichen; denn ein Vergleich setzt immer voraus, daß ein Anspruch, seinem Rechtsgrunde oder seinem Erfolge nach, wenigstens subjectiv zweifelhaft sey[44]). Glaubt einer der Transigenten, auch seiner Seits noch so große Opfer zu bringen, so handelt er dabei doch immer in seinem Interesse, — er will nicht etwa eine Liberalität üben, son-

44) L. 1 D. *de transactionib.* (II. 15) „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, *qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.*" — S. Band V. d. Commentars §. 345. S. 3 fg. Nr. 1. Vgl. auch unten Note 48.

dern er sucht dadurch irgend einem Nachtheile zu entgehen. — Betrachten wir nun den Gegenstand vorläufig noch ganz unabhängig von den Bestimmungen unserer Quellen, so muß auch hier wieder unterschieden werden zwischen den Fällen, wo die Durchsetzung der Klage das Testament nur rescindirt, und wo der Ausspruch erfolgt, daß es im Rechtssinne eigentlich nie existirt habe, oder doch schon vor Anstellung der Klage ipso jure wieder zerstört worden sey. Im ersten Falle erklärt der Intestaterbe durch den Transact, daß er die Rescissionsklage nicht anstellen oder fortsetzen wolle; der Eingesetzte bleibt also Erbe. Auf den materiellen Inhalt des Vergleichs kommt dabei weiter nichts an. Auch wenn der Testamentserbe die ganze Erbmasse dem gesetzlichen Erben überliesse, so würde hieraus doch nur das Verhältniß entstehen können, als wenn dieser im Fall eines nichtigen Testaments zum Besten des eingesetzten Erben auf sein Recht Verzicht leistet. Nur in Folge des richterlichen Ausspruchs, daß der Erblasser nicht befugt gewesen sey, so zu testiren, nicht durch eine bloße Privatübereinkunft, kann das Erbrecht des Testamentserben aufhören und das des gesetzlichen Erben in Wirksamkeit treten. Hier hat also ein Vergleich stets die nämlichen Wirkungen, wie ein Verzicht (s. oben Note 17). Nicht eben so bei nichtigen Testamenten. Bei den durch Klage zu rescindirenden Testamenten steht allemal fest, wer Erbe sey; so lange die Rescission nicht erfolgt, ist es der Eingesetzte, das Recht des Intestaterben mag zweifelhaft oder unbestritten seyn. Wird aber Ungiltigkeit des Testaments von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten, so steht nichts fest, als die gegenseitigen Behauptungen. Welchen Einfluß kann nun hierauf

ein Vergleich haben? Direct überall keinen; denn durch Privatübereinkunft kann weder ein ungiltiges Testament in ein giltiges verwandelt, noch die Eigenschaft eines Erben vernichtet und auf einen Anderen übertragen werden [45]). Indessen können Vergleiche über solchs Testamente natürlich nicht verboten werden, es muß daher auch irgend eine Norm geben, um darnach das rechtliche Verhältniß dritter, nicht mittransigirender, Personen zu bestimmen. Hierbei ist nun ein dreifacher Ausweg möglicherweise denkbar: Entweder betrachtet man das Testament als ein vollgiltiges, oder umgekehrt als ein nichtiges, oder man behandelt die Transigenten wie wenn sie Miterben wären. Der erste Ausweg ist gewiß der consequentere; denn im Zweifel ist immer die Giltigkeit einer letztwilligen Verfügung zu präsumiren [46]), und der Grundsatz: ein Testament muß so lange für ein zu Recht beständiges gehalten werden, bis das Gegentheil feststeht, gilt an sich auch von nichtigen Testamenten, da er eigentlich nur auf einer allgemeineren Regel beruht, auf der Regel nämlich: daß ein factisch bestehender Zustand als ein rechtlicher anzusehen und zu schützen ist, wenn nicht die Unrechtmäßigkeit desselben nachgewiesen wird [47]).

45) *C. U.* Grupen disceptationes forens. p. 360 sqq. und besonders p. 409. Nr. 2.

46) L. 10 pr. D. *de inoff. test.*

47) L. 2. L. 21 D. *de probationibus.* (XXII. 3). L. 4 in f. C. *de edendo.* (II. 1). — Auch die Nichtigkeitserklärung ist ja immer erst durch Prozeß zu bewirken (Bd. 37 des Comment. S. 251); somit leidet die Anwendung der allgemeinen processualischen Regel: actore non probante reus absolvitur, hierauf allerdings eine Anwendung.

Die zweite Möglichkeit hat unter der hier angenommenen Voraussetzung, daß wirklich das Recht des Testaments bestritten und zweifelhaft sey, gar keine Gründe für sich. Nur wenn bei entschiedenem Rechte des Notherben dennoch ein Vergleich erfolgt, — der Notherbe etwa wegen der Verwickelungen, worin sich das erbschaftliche Vermögen befindet, wegen schwieriger Auseinandersetzungen, oder zu befürchtender Streitigkeiten mit den Vermächtnißnehmern u. dgl. m. dem Testamentserben die Erbschaft gegen Uebernahme der Geschäfte und des Risiko überläßt; so hat er über ein an sich nicht zweifelhaftes Recht verfügt, folglich ist er im rechtlichen Verstande immer als Erbe zu behandeln[48]). Hievon ist aber jetzt nicht die Rede, und so bleibt denn nur zu erwägen übrig: ob sich der dritte Ausweg, die Transigenten als Miterben zu behandeln, mit der Voraussetzung

48) Ein Vergleich ist dies immer, nicht blos nach den Begriffen des gemeinen Lebens und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sondern auch im juristischen Sinne, da durch das Testament der Notherbe und der eingesetzte Erbe einander als Gegner gegenüber gestellt sind, der erstere aber nicht etwa weicht, weil er von dem Rechte des anderen Theils überzeugt ist, oder eine Liberalität üben will, sondern die Nachtheile, welche eine Uebernahme der Erbschaft möglicherweise für ihn haben könnte, dadurch zu entfernen sucht. (So ist es auch ein wahrer Vergleich, wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners mit ihm einen Nachlaßvertrag über ganz unzweifelhafte Forderungen eingehen, weil sie das Sichere dem Unsicheren vorziehen). In diesem Sinne nun ist der Ausdruck Vergleich oben Bd. 35 d. Comment. S. 270 genommen, wie sich auch aus dem Zusammenhange ergiebt.

eines Vergleichs über ein seiner Gültigkeit nach bestrittenes Testament vertrage? Dafür läßt sich allerdings anführen: daß keines der behaupteten Rechte feststehe, das eine also das andere auch nicht überwiegen könne, sondern das Prinzip der Theilung gleich begründeter und theilbarer Rechte zur Anwendung kommen müsse[48 a]). Indessen verdient der erste Ausweg offenbar den Vorzug, da er mit den allgemeinen Rechtsprinzipien viel besser übereinstimmt; in unseren Rechtsquellen ist aber der dritte gebilligt, und nur in Ansehung der durch Klage zu rescindirenden Testamente finden sich die obigen Resultate anerkannt. Dies soll jetzt bewiesen werden.

In der L. 29. §. 2 D. *de inofficioso testamento* heißt es: wenn der Querulant sich mit dem Testamentserben vergleiche: „tamen *testamentum in suo jure manet, et ideo* datae in eo libertates atque legata — — suam habent potestatem"[49]). Zwar ist hier nur von dem Verhältnisse der Vermächtnißnehmer die Rede, nicht von dem der Gläubiger; allein ganz allgemein heißt es: das Testament bleibe bei Kräften, und daraus wird nur gefolgert, daß auch die Vermächtnisse aufrecht erhalten werden. Uebereinstimmend hiermit sagt auch Scävola in dem ersten Buche seiner Digesten[50]):

48 a) Arg. L. 1. §. 6 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 33 D. *de leg.* I. — S. auch noch L. 4. §. 1 D. *si cui plus, quam per Legem Falcid. licuerit* (XXXV. 3). „Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, *tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis*" (Vgl. unten Note 70).

49) Vgl. hiermit Bd. 35 des Comment. S. 378.

50) L. 3 pr. D. *de transactionib.* (II. 15).

„Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: *Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis et legatariis actiones suae ademtae. Quare, quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre*"[51]). Daß hier nicht etwa ein testamentum injustum gemeint ist, kann wohl kaum zweifelhaft seyn[52]); als Miterbin konnte aber zur Zeit der Pandekten-Juristen

51) Die Schlußworte „qui in transactione — — — ad alienam injuriam referre" haben folgenden Sinn: der eingesetzte Erbe wird von den Legatarien in Anspruch genommen, er mag sich von der Mutter des Erblassers wegen Uebernahme der Vermächtnisse Sicherheit haben bestellen lassen, oder nicht. Denn hat er dies unterlassen, so trifft der Nachtheil davon ihn selbst, nicht aber dritte Personen, über deren Recht er nicht transigiren konnte. S. das Scholium 1. *Anon.* und *Cyrilli* ad Fr. 3 pr. Basilic. *de transact.* (XI. 2) p. 667 sq.

52) Ausser durch den Ausdruck testamentum rescissum wird dies dadurch erwiesen, daß der Testamentserbe hier geradezu als *heres* bezeichnet wird, (es heißt nicht etwa *scriptus* heres), ferner mittelbar auch durch die weiter unten zu erklärende L. 14 D. *de transact.* Endlich bezeugen es die Note 51 angeführten Scholien zu den Basiliken ausdrücklich. — S. auch die Erklärung dieser Stelle bei *Ulr.* Huber Eunomia Romana ad Lib. II. Pand. p. 124. §. 5.

eine Mutter nur die querela inoff. testamenti und keine Nullitätsklage wider ein Testament haben.

Uebrigens scheint aus einer Stelle zu folgen, daß (nach der Meinung mancher Juristen wenigstens) durch Vergleich des Querulanten mit dem Testamentserben das Erbrecht auf den ersteren habe gebracht werden können, mithin die Vermächtnißnehmer sich an diesen hätten halten müssen. Es ist dies die L. 5. §. 3 u. 4 D. *de appellat.* (XLIX. 1), wonach den Legatarien es gestattet wird, ihre Rechte durch Appellation wahrzunehmen, wenn in fraudem ipsorum der Vergleich eingegangen ist. Indessen eine Erwägung des ganzen Zusammenhangs der Stelle ergiebt sehr bald, daß sie nicht im Geringsten etwas der oben angeführten L. 29. §. 2 D. *de inoff. test.* Widerstreitendes enthält. Es heißt hier in den vorausgehenden Sätzen (§. 1 u. 2): Wenn die Querel gegen den Testamentserben durchgesetzt sey, so könnten die Vermächtnißnehmer von wegen ihres eignen Rechts appelliren, und dies Recht soll ihnen auch ein durch Collusion zwischen den streitenden Theilen eingegangener Vergleich nicht entziehen können. Ein rechtskräftiges Erkenntniß müssen die Vermächtnißnehmer auch wider sich gelten lassen[53], es erforderte daher die Billigkeit, sie in dieser Beziehung gegen Betrug sicher zu stellen.

Von einem Vergleiche über ein als nichtig (etwa als injustum, oder irritum) angefochtenes Testament ist eine aus dem zweiten Buche der Responsa von Scävola genommene Stelle[54] zu verstehen. Sie ist bereits an

53) L. 8. §. 16 D. *de inoff. test.* — Keller über Litiscontestation und Urtheil S. 391. Nr. c.

54) L. 14 D. *de transact.*

einer anderen Stelle dieses Commentars, und zwar der Hauptsache nach richtig, erklärt[55]). Da hierbei indessen weder auf die Puncte, mit deren Erörterung wir es jetzt hauptsächlich zu thun haben, noch auf die verschiedenen Ansichten der Ausleger die nöthige Rücksicht genommen ist, so müssen wir ihr unsere Aufmerksamkeit aufs Neue zuwenden. Sie lautet so: „**Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent**[56]), **si alii creditores essent, propter incertum**

55) Bd. V. §. 355. S. 83 fgg. Nr. c.

56) Daß hier etwas ausgefallen sey, wird von den meisten Auslegern, und wohl mit Recht, angenommen. Denn Scävola will sagen: sind die Erbschaftsprätendenten zugleich die Gläubiger und sie vergleichen sich über die Erbschaft, so kommt schlechthin der Inhalt des Vergleichs zur Anwendung (so interpretiren auch die Basiliken L. XI. Tit. 2. Fr. 14 ed. Heimb. p. 686); sind es Andere, so werden sie nun als Schuldner in Anspruch genommen. Ueber die verschiedenen, zum Theil auf handschriftliche Auctoritäten gestützten Ergänzungsversuche s. die Note 100 in edit. Geb. Sp. ad h. l. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad h. l. p. 123. §. 1. 2. *Wendel* Neuhaus ad *Guil.* Best ratio emendandi Leges Cap. 4. §. 1. Note * und Glück a. a. O. Note 31. Dieser hält übrigens mit Voorda eine Aenderung der Florentin. Lesart überall nicht für nöthig, da das *si* — *si* — für sive — sive stehen könne (so emendiren auch Manche, was doch jedenfalls vor dieser Auslegung den Vorzug verdient). S. *Jo. Ortw.* Westenberg in D. Marco Diss. III. cap. 2. §. 3.) Joh. v. de Water (obs. I. 1. p. 8) ist aber gar der Meinung, daß der Satz über-

successionis pro parte hereditatis, quam uterque transactione expresserit, utilibus conveniendus est." — Meistens bezieht man diese Stelle auf den nämlichen Fall, welchen Scävola in der L. 3 D. *eod.* behandelt, oder vielmehr, man unterscheidet überall nicht zwischen nichtigen und zu rescindirenden Testamenten, sondern setzt als sich von selbst verstehend voraus, daß bei den einen wie bei den anderen ein Vergleich in Beziehung auf das Verhältniß zu dritten Personen nothwendig die nämlichen rechtlichen Folgen erzeugen müsse. Um aber den Vorwurf schwankender und widersprechender Rechtsansichten von Scävola zu entfernen, legen Manche darauf ein besonderes Gewicht, daß in der L. 3 von Vermächtnißnehmern, in unserer Stelle von Gläubigern des Erblassers die Rede sey [57]). Das Beste was dafür gesagt werden kann, daß diese Fälle verschieden zu behandeln seien, findet sich meines Wissens bei A. Faber [58]), welcher übrigens ganz richtig bemerkt, daß die L. 3 von einem test. inofficiosum, die L. 14 von einem nichtigen Testamente handle, indessen der Meinung ist, daß die Vermächtnißnehmer auch im Fall eines Vergleichs über ein als nichtig angefochtenes Testament nur gegen den eingesetzten Erben klagen könnten, vorausgesetzt daß

flüssige Worte enthalte. S. darüber unten Note 69 und den dazu gehörigen Text.

57) Glossa Acc. *pro parte hereditatis* ad h. l. (In der Accursischen Glosse finden sich aber auch fast alle nachher zu erwähnenden verschiedenen Ansichten referirt). Westenberg Diss. cit. §. 11. 12; zum Theil auch Ulr. Huber, s. unten Note 64.

58) *A.* Faber Rational. ad Pand. h. l. interpr. b. n. c; p. m. 293 sqq.

sie das Vorhandenseyn eines rechtsgiltigen Testaments zu erweisen im Stande seien[59]). Seine Gründe nun sind: Gläubiger machen ihre Ansprüche gegen den gesetzlichen wie gegen den testamentarischen Erben geltend, Vermächtnisse hängen aber von dem Testament ab, sie können daher nur unter der Voraussetzung, daß sie in einer zu Recht beständigen, letztwilligen Verfügung angeordnet sind und von dem, welchem sie auferlegt sind, gefordert werden. Directe Klagen stehen freilich auch den Creditoren nicht zu, da diese nur gegen den wirklichen, testamentarischen oder gesetzlichen, Erben Statt finden. Hier legt sich Jeder Erbrecht bei, und zwar der Eine testamentarisches, der Andere gesetzliches; beide Delationsgründe können aber nach strengem Rechte neben einander nicht bestehen. Immer dürfen indessen doch die Gläubiger wider die Inhabet der Erbschaft als solche klagen, wogegen die Vermächtnißnehmer überhaupt nur wider den eingesetzten Erben ein Klagerecht haben, weshalb ihnen entweder eine directe Klage oder gar keine zusteht[60]). — Daß den Vermächtnißnehmern ein Forderungsrecht gegen die Intestaterben zugestanden wird, ist allerdings eine Anomalie, aber doch im röm. Rechte nichts Unerhörtes, auch ohne daß einmal durch Hinzufügung der Codizillarclausel die Fiction vermittelt wird,

59) Diesen Beweis hält Faber für nöthig, weil der eingesetzte Erbe den Erbschaftstheil durch den Vergleich, nicht durch das Testament erhalten habe (s. dagegen die weiter unten im Texte folgende Bemerkung).

60) „Necesse est (so schließt er), ut legatarii vel directam actionem habeant, vel nullam. Directam habere non possunt, cum successionis jus praesens incertum est; *ergo nullam*.“

es seien die Intestaterben eingesetzt und vom Testirer zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen aufgefordert [61]). Offenbar geht nun Scävola hier davon aus, daß wegen Ungewißheit des Erbrechts (propter incertum successionis) auch die erbschaftlichen Verbindlichkeiten — versteht sich im Verhältnisse des aus der Erbmasse an Jeden gekommenen Theils — unter den Transigenten getheilt seyn sollen. Gläubiger sind zwar nur genannt, allein Scävola will ja nicht etwa allgemeine Lehren vortragen, sondern er begutachtet einen ihm vorgelegten Fall. Daß Gläubiger ihr Recht wider jeden Erben geltend machen dürfen, Vermächtnißnehmer aber sich in der Regel an den Testamentserben halten müssen, kann eine wesentliche Verschiedenheit nicht begründen, da einmal das strengrechtliche Prinzip verlassen und angenommen ist: die Gläubiger sollen sich bei der Ungewißheit darüber, wer eigentlich der rechte Erbe sey, an Beide halten dürfen. Da nun eine gleiche Ungewißheit doch auch in Ansehung des Verhältnisses zu den Vermächtnißnehmern eintritt, so erfordert es die Consequenz, diesen ebenmäßig ein gleiches Recht wider Beide, unbekümmert darum, welcher der wahre Erbe sey, zuzugestehen [62]). Will man nun aber diese Ungewißheit einmal gegen die Legatarien geltend machen, so darf man consequenterweise ihnen

61) Es mag hier nur daran erinnert werden, daß bisweilen auch die durch quer. inoff. test. hinterlassenen Vermächtnisse bestehen blieben (Bd. 35. S. 375 fgg. Nr. 2), besonders aber an das Recht der Nov. 115.

62) Es wurden ja auch sonst die Klagen der Vermächtnißnehmer in gewissen Beziehungen als hereditariae actiones, gleich denen der Gläubiger betrachtet. L. 40 D *de Obl. et A.* (XLIV. 7).

eben so wenig eine Klage wider den eingesetzten als wider den gesetzlichen Erben zugestehen. In der That behauptet dies A. Faber auch (s. Note 60); jedoch sollen sie unbekümmert um den Vergleich die Rechtmäßigkeit des Testaments gegen den eingesetzten Erben behaupten und beweisen dürfen, um auf diesem Wege das ihnen aus dem Testament Gebührende zu erhalten. Allein welch ein unnatürliches Resultat kommt dadurch zum Vorschein. Zuvörderst finden wir ja doch in Scävola's Ausspruch den Satz, welchen wir als geltende Rechtsnorm betrachten müssen: wer der wahre Erbe ist, bleibt auch in Ansehung dritter Personen ununtersucht, diese sollen indessen dabei nichts verlieren. Aber nicht nur hierüber soll sich der Richter hinwegsetzen, wenn er über die Klage der Legatarien entscheidet, sondern der eingesetzte Erbe, welcher gegen den gesetzlichen Erben die Gültigkeit des Testaments vertheidigte, soll nunmehr dessen Ungiltigkeit behaupten dürfen!

Andere suchen eine Vereinigung der L. 3 und L. 14 D. *de transact.* so zu bewirken, daß sie annehmen: die erste Stelle spreche von dem Falle, wo aus dem Vergleiche wenig oder gar nichts von der Erbmasse an den gesetzlichen Erben komme [63]). Nun versteht sich allerdings von selbst, daß wenn in Beziehung auf ein Testament, dessen Nichtigkeit behauptet wurde, ein eigentlicher Vergleich abgeschlossen wird, wodurch der gesetzliche Erbe dem testamentarischen die ganze Erbschaft überläßt (was wohl schwerlich vorkommen dürfte), das Theilungsprinzip nicht zur Anwendung kommen kann, indem ja der Umfang der Verbindlichkeiten eines jeden Transigenten nach dem Antheile zu bestimmen ist, den derselbe aus

63) S. die Acc. Gl. a. a. O.

der Erbmasse erhält. Betrifft dagegen der Vergleich ein als inofficiosum angefochtenes Testament, so wird allemal der eingesetzte Erbe, nach dem was oben (Note 17 und S. 152) ausgeführt wurde, als der alleinige Erbe behandelt, auch dann noch, wenn ihm gar nichts verbleiben sollte.

Nach einer dritten Meinung soll unterschieden werden, ob ein Theil der Erbschaft dem gesetzlichen Erben überlassen, oder demselben nur eine Abfindung gegeben ist. Im letzteren Falle bleibe der Testamentserbe alleiniger Erbe, und davon sey die L. 3 zu verstehen; im ersteren werde der Intestaterbe für den auf ihn gekommenen Theil auch als Erbe verpflichtet[64]). Soll nun hierauf überhaupt etwas ankommen können, so müßte man dies so verstehen, daß im ersteren Falle Erbrecht, im letzteren nur Geld und Geldeswerth auf den gesetzlichen Erben übertragen worden sey[65]). Daß indessen das Erbrecht überhaupt kein Gegenstand der Ueberlassung durch Verträge seyn kann, bedarf hier wohl keiner näheren Auseinandersetzung. Mit Recht erklärt sich daher Ger. Noodt gegen diese, wie gegen die übrigen der bisher angeführten Meinungen[66]). Er selbst geht von der Vor-

64) *Udalr.* Zasius Paratitla ad Pand. tit. de transactionib. Nr. 14. — Ulr. Huber sucht diese Ansicht mit der zuerst vorgetragenen zu verbinden: die L. 3 handle von dem Falle, wo Legatarien, nicht Gläubiger, ihre Ansprüche geltend machen wollten, und überdies der gesetzliche Erbe nur abgefunden sey, nicht partem hereditatis erhalten habe; Praelect. ad Pand. Lib. II. Tit. 15. §. 12 u. Eunom. Rom. ad h. l. Nr. 5. p. 124 sq.

65) So versteht diese Meinung auch Noodt Probabil. 2. §. 5.

66) Probabil. jur. Lib. II. c. 2.

aussetzung aus: Scävola habe hier wie in anderen Fällen bald so, bald so entschieden, nicht nach seiner Ueberzeugung, sondern nach Gunst[67]). Gegen diesen Vorwurf parteiischer und bestechlicher Gesinnung, der ihm freilich auch von Anderen gemacht ist[68]), vertheidigt den Scävola sehr ausführlich Joh. v. de Water[69]), welcher übrigens seinen Lesern die Wahl zwischen zwei verschiedenen Erklärungen läßt. Nach der einen soll man die Worte: *si alii creditores essent* für ein bloßes Einschiebsel, die Ausgeburt eines unwissenden Menschen, erklären, mithin das ganze **Responsum** blos von dem Falle verstehen, wenn die Transigenten zufällig auch Gläubiger des Erblassers waren. Zwar sey die Forderung des Testamentserben, den man als den wahren Erben zu betrachten habe, durch Confusio erloschen; allein er mache sie als eine durch den Transact novirte gegen den gesetzlichen Erben geltend. Die Forderung des Letzteren sey zwar nicht durch Confusion zerstört, aber doch ebenfalls novirt, und so klage er denn aus gleichem Grunde gegen den Testamentserben! Wie wenig diese unglückliche Erklärung zu der Frage paßt: Wen nun die Gläubiger belangen sollen — **creditores quem convenire possunt?** (denn dies setzt doch offenbar voraus, daß hier auch von dritten Per-

67) „Magis censeo, Scaevolam non ex animi sui sententia respondisse, sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a jure certo longius quam oporteret recessisse;" l. l. §. 2. (Opp. T. I. p. 32 B.)

68) So besonders von *Fr.* Connanus comment. jur. civil. Lib. VI. Tit. 3. Nr. 9.

69) Observationes juris Rom. Lib. I. cap. 1. p. 4 sqq. — S. auch *Ulr.* Huber Eun. Rom. ad h. l. nr. 4. p. 124.

sonen die Rede ist); ferner zu dem Entscheidungsgrunde: *propter incertum successionis* sey anzunehmen: Beide, — dies fühlt v. d. Water recht gut; daher giebt er noch eine zweite Erklärung folgenden Inhalts: die L. 14 sey durch Tribonian interpolirt, welcher dabei die Bestimmung der L. ult. §. 1 C. *de hered. pet.* vor Augen gehabt, wonach der Erbschaftsbesitzer während eines Streits über das Erbrecht von den Gläubigern wirksam in Anspruch genommen werden kann, so, daß er bei dereinstiger Restitution der Erbschaft an den siegenden Gegner den Werth der bezahlten Schulden abzieht[70]. Indessen ist dies nicht nur eine durch gar nichts erwiesene Behauptung, sondern beide Stellen sind wesentlich darin verschieden, daß nach der L. ult. Cod. *cit.* vorausgesetzt wird, es werde über die Frage: Wer Erbe sey? eine bestimmte Entscheidung noch erfolgen, in dem Falle der L. 14 aber der Streit zwischen dem gesetzlichen und testamentarischen Erben durch Vergleich vollständig beigelegt ist, darum eben denn aber die Frage wegen des jus successionis für immer unentschieden bleiben muß. Ich übergehe andere Erklärungen[71], und bemerke nur,

70) *v. de* Water l. l. p. 12 sqq. — Darum hält er denn auch die L. 4. §. 1 D. si cui plus, quam per legem *Falcidiam licuerit* (s. oben Note 48) für interpolirt. Auch Andere sind dieser Meinung (s. Pothier Pand. Justin. ad h. t. T. II. p. 522. Note b.). Von der eigentlichen Bedeutung dieser Stelle und ihrem Verhältnisse zu anderen Bestimmungen (namentlich L. 62. §. 1 D. *de heredib. inst.*) kann erst unten bei §. 1442 die Rede seyn.

71) Vgl. hierbei Best ratio emandandi leges Cap. 4. §. 1 sqq. Er selbst ist der Meinung, daß in der L. 14 von einem Vergleiche zwischen dem Fiduciarerben und dem

daß, was Noodt ausdrücklich sagt: es mache hier gar keinen Unterschied, ob das Testament nichtig sey, oder durch Klage rescindirt werde, indem in allen Fällen dieselbe Ungewißheit über das Erbrecht eintrete[72]), — von Anderen, mehr oder weniger deutlich, gedacht ist. Allein diesen Vordersatz darf man gewiß für falsch erklären, da die juristische Consequenz erfordert, den in einem inofficiosum testamentum Eingesetzten allemal für den wahren Erben zu halten, wenn die Querel gegen ihn nicht angestellt oder durchgesetzt wird. Wie man daher auch immer Scävola's Entscheidung denken möge, hierin verdient sie gewiß keinen Tadel, daß der Fall in der L. 14 D. *de transact.* anders bestimmt ist, als der in L. 3 *cod.* vorgetragene, da sich zwischen beiden eine innere Verschiedenheit findet. Daraus wird denn auch mit Recht in den Scholien zu den Basiliken[73]) die Verschie-

fideicommissarischen die Rede sey, weiß aber diese Idee nicht besser zu begründen, als dadurch daß der erstere in den Quellen scriptus heres genannt werde, der letztere wegen der nach dem Senatusconsultum Trebellianum an ihn zu bewirkenden Restitution sehr füglich legitimus heres genannt werden dürfe! (l. l. §. 8 sqq.). Die Gründe, welche dieser seltsamen Auslegung entgegenstehen, ergeben sich aus dem Ausdruck und dem Inhalt der Stelle ganz von selbst. — A. Schulting's Erklärung dieser Stelle (in der Enarratio partis primae Digestorum Tit. de transactionib. §. 17) ist so unbestimmt und schwankend, daß man deutlich sieht, er sey mit sich selber über die Sache nicht im Klaren gewesen.

72) Probabil. jur. II. 2. §. 6.

73) Bei Heimbach T. I. p. 686 sq. Schol. 1 u. 5. — Da übrigens diese Scholien aus so verschiedenen Quellen geschöpft sind, so kann es nicht auffallen, daß auch ein-

denheit der Entscheidung abgeleitet: man dürfe, heißt es hier, bei dem Fall, den Scävola in der L. 14 vortrage, nicht an ein inofficiosum testamentum denken, wovon in L. 3 gehandelt werde, sondern es sey daselbst ein non jure factum, falsum, ruptum, mit einem Worte, ein von selbst nichtiges Testament gemeint[74]; Bei dem test. inoffic. sey ja der Erbe immer gewiß, da die Querel gegen ein an sich giltiges Testament angestellt werde, der von Scävola angeführte Grund, daß die Gläubiger propter incertum successionis gegen Beide klagen könnten, passe daher nur auf einen Vergleich über ein Testament, dessen Nichtigkeit behauptet werde[75]). Daß demungeachtet Scävola's Respon-

zelne Anklänge von oben verworfenen Meinungen sich hier finden; das. Schol. 2 u. Schol. 5 in f. Dort heißt es: „Forte frater meus defunctus reliquit honestum et inhonestum heredem." Hier: „Caeterum ibi de legatariis loquitur, hic autem de creditoribus. Sic enim Enantiophanes utrumque caput conciliat." Man sieht bald, daß diese Stellen von ganz anderen Verfassern herrühren (Vgl. auch die der nächsten folgende Note 76).

74) Zum Beweise dafür wird auch der allgemeine Ausdruck *legitimus* angeführt, welcher ja nicht blos auf Notherben, sondern auf alle Intestaterben gehe; s. das Schol. 1.

75) Es ist dies Alles mit großer Klarheit und richtiger Einsicht in die Natur der Rechtsverhältnisse, worauf es hier ankommt, entwickelt. Dennoch werfen die Andersdenkenden mit einem Scholiasta graeculus und anderen Prädicaten um sich, die ihre Nichtachtung bezeichnen sollen (s. z. B. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. p. 125. Nr. 7), wie dies ja auch von manchen Neueren mit eben so wenig Grund geschieht. Geradezu unwahr ist es aber, wenn v. *de* Water (l. l. p. 8) von den Scholien sagt: „vul-

sum nicht vollkommene Billigung verdiene, geht aus dem Obigen hervor (s. S. 153); hier kam es indessen nur darauf an, seine Meinung darzustellen und zu erklären.

§. 1428.

II) Vom ruptum testamentum, und zwar 1) in Folge einer Willensänderung des Testirers. — Einleitende Bemerkungen.

Rumpirt wird ein Testament entweder durch den geänderten Willen des Testirers, oder durch Agnation eines Nacherben (§. 1432). Hierauf gründen manche Neuere die Distinction eines testamentum vere ruptum und praesumtive ruptum[76]), eine Unterscheidung, die nicht blos unnöthig ist, sondern auch von einer Voraussetzung ausgeht, die gewiß für sehr viele Fälle nicht zutrifft: daß nämlich die Zerstörung des letzten Willens durch einen Postumus auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers beruhe. Wäre dies in der That der Grund, so würden die Testamentserben zum Beweise gelassen werden müssen, daß der Erblasser es so nicht gemeint habe; wollte man aber diese s. g. Vermuthung auch als eine praesumtio juris et de jure bezeichnen, so würde auf diese Weise doch immer ein logisch falscher Begriff zu Tage gefördert seyn, indem auch selbst den unumstößliche juristische Gewißheit begründenden Vermuthungen ein Wahrscheinlichkeitsschluß zu Grunde liegen muß, soll

garem canunt cantilenam." Denn findet sich gleich die richtige Ansicht schon in der Accursischen Glosse angedeutet, so ist sie doch weder die gewöhnliche, noch irgendwo so bestimmt und zusammenhängend ausgesprochen, wie in den griechischen Scholien.

76) So Hellfeld in diesem §., welchem auch A. D. Weber in der Erläuterung der Pand. Bd. 2. §. 1428 folgt.

anders der Name mit dem Begriff nicht geradeswegs im Widerspruch stehen[77]).

Einseitige letztwillige Verfügungen können von ihrem Urheber zu jeder Zeit, ausdrücklich oder stillschweigend, willkührlich wieder aufgerufen werden: „ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum“[78]). Ob aber diese Regel nicht gewissen Einschränkungen und Ausnahmen unterworfen sey? ist theilweise sehr streitig. Es lassen sich diese Streitigkeiten auf die folgenden drei Fragen zurückführen: Erstlich, welche Wirkungen hat hier die s. g. clausula derogatoria? Zweitens, kann die Unwiderruflichkeit eines Testaments durch Vertrag begründet werden? Drittens, können auch wechselseitige Testamente (s. g. testamenta reciproca) einseitig widerrufen werden?

I. Unter Clauseln versteht man gewisse Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, welche den Zweck haben, die rechtliche Bedeutung des Geschäfts genauer zu bestimmen und künftigen Streitigkeiten über dessen Wirkungen nach Möglichkeit vorzubeugen[79]). Es haben sich

77) S. hierüber meine doctrina Pandectar. §. 146. Note 13.

78) L. 4 in f. D. *de adimendis vel transferendis legatis.* (XXXIV. 4). — Vgl. L. 6 C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22). Auch wenn man den Kaiser zum Erben eingesetzt habe (heißt es hier), könne man dennoch das Testament willkührlich wieder aufheben. S. auch L. 19 C. *de test.* (VI. 23), wo das Recht willkührlicher Aufhebung des letzten Willens durch commutationis arbitrium bezeichnet wird.

79) *Henr. de* Cocceji (resp. *Ge. Conr.* Schöpffer) Diss. de clausulis testamentorum Frf. ad Viadr. 1691. (auch Exercitation. curiosarum Vol. I. Disput. LXXIX.

für diese Clauseln durch die Praxis gewisse Namen und Begriffe gebildet, als: die confirmatorische, reservatorische [80]), derogatorische Clausel u. a., auch wohl herkömmliche Formeln, deren Beobachtung aber nicht nothwendig ist. Oft genügt es, den technischen Namen der Clausel hinzuzufügen, weil deren Bedeutung hinreichend bestimmt und anerkannt, mithin die Willensmeinung des Disponenten keinem Zweifel unterworfen ist. Cautel aber ist es, eine genauere Erklärung seines Willens hinzuzufügen, und besser noch den technischen Namen einer Clausel ganz wegzulassen, wenn ihr Begriff unbestimmt und zweideutig ist. Dies gilt nun insonderheit von der hier vorzugsweise in Betracht kommenden clausula derogatoria [81]). Man versteht zwar gewöhnlich darunter die Bestimmung, wodurch künftige Dispositionen im Voraus für ungiltig erklärt werden [82]), insonderheit solche, die mit dem Inhalt einer gegenwärtigen Verfügung sich

p. 1156 sqq.) Cap. I. Nr. 5. — Vgl. auch meine doctr. Pand. Vol. I. §. 112.

80) Auch diese Clausel kommt, wie die derogatorische, vorzüglich bei Testamenten vor. Es behält sich vermittelst ihrer der Testator vor, wirksame Nachträge, Abänderungen, nähere Bestimmungen und Erläuterungen seiner testamentarischen Disposition hinzuzufügen. S. hierüber besonders *Corn.* *v.* Bynkershoek observationum juris privati Lib. III. Cap. 4. 5.

81) Zwei der angesehensten Civilisten haben sich mit einer Erörterung dieser Clausel beschäftigt, Cujacius in observat. jur. Röm. Lib. XIV. C. 7 und *van* Bynkershoek observat. jur. privati. Lib. III. C. 6.

82) S. z. B. L. 22 pr. D. *de legat. et fideic.* III. „Si quis in principio testamenti adscripserit: *cui bis legavero, semel deberi volo.*" —

nicht vertragen, wodurch diese also abgeändert oder aufgehoben wird [83]); indessen wird auch wohl umgekehrt die in einer späteren Disposition enthaltene Aeußerung darunter verstanden, daß die frühere — ganz oder zum Theil — nicht mehr gelten solle [84]). Diese letztere Bestimmung gehört keineswegs zu den unnützen oder überflüssigen Clauseln, wofür sie Stryk erklärt [85]),

83) Dahin gehört denn auch die bei Justinian so beliebte Formel: hac lege *perpetuum valitura* sancimus u. s. w.

84) S. Bynkershoek l. l. cap. 6 init. und meine doctr. Pand. Vol. 3. §. 653. Note 4 und den dazu gehörigen Text. — Uebrigens ist mit beiden Begriffen nicht zu verwechseln die s. g. clausula privatoria oder cassatoria. Denn obgleich besonders der letztere Ausdruck wörtlich genommen auf beide Bedeutungen von derogatoria cl. bezogen werden kann, so wird doch in der Regel darunter die Erklärung des Testirers verstanden, daß ein Honorirter der Vortheile aus dem Testamente verlustig gehen solle, wenn er dasselbe nicht bestehen lassen, oder die darin festgesetzten Modalitäten und Auflagen nicht erfüllen werde. *Sam.* Stryk de cautel. testamentor. Cap. 24. §. 64—72. — Kind quaest. for. T. I. c. 92. T. III. c. 49. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandl. Bd. 3. Abh. 36. S. 47 fgg. A. D. Weber Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1428. Nr. 2 b. — Uebrigens gebrauchen einzelne Schriftsteller den Ausdruck cassatoria clausula nicht blos in dem zweiten Sinne (z. B. Hofacker princip. jur. Rom. Germ. T. II. §. 1347. Nr. V.) sondern selbst in dem ersten — nämlich als Clausel, wodurch im Voraus ein künftiger letzter Wille vernichtet wird. So Warnkoenig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1036. Note 6. Haimberger jus Rom. priv. idque purum T. III. §. 334. Nr. 2.

85) *Sam.* Stryk cautel. test. cap. 2. §. 13. Er führt hier

sie kann vielmehr vielfältig dazu dienen, Zweifeln und Streitigkeiten in den Fällen vorzubeugen, wo eine neuere Disposition nicht schon von selbst, d. h. durch ihr bloßes Daseyn einer früheren derogirt[86]). Indessen geht uns hier nur die erste Bedeutung etwas an. Wir verstehen also darunter die Clausel, wodurch ein Testirer künftige Verfügungen im Voraus vernichtet, insonderheit aber seinen gegenwärtigen letzten Willen für unabänderlich erklärt.[87]).

folgende Clausel als eine unnütze an: „in diesem meinem Testamente widerrufe und erkenne ich für null und nichtig alle andere Testamente, Codizille, oder andere Acte eines letzten Willens, die ich jemahlen gemacht, oder aufsetzen lassen" u. s. w. S. indessen die folgende Note und unten Note 90.

86) Wenn z. B. demselben Subject in verschiedenen Codizillen die nämliche Summe vermacht ist, so kann es wenigstens zweifelhaft seyn, ob sie in der That mehrmals oder nur einmal vermacht seyn solle. Zweifeln hierüber beugt man am leichtesten durch die dem letzten Codizill beigefügte Derogatorclausel vor. Ja in einem Falle, wo eine Derogatorclausel im ersten Sinne vorausgegangen war, erklärt Hermogenian die ausdrückliche Aufhebung derselben (also wie wir sagen würden: die Hinzufügung der Derogatorclausel im zweiten Sinne) für nöthig, damit jene ihre Wirkung verliere. S. unten Note 92.

87) Diesen Begriff muß man bei unserer Streitfrage hauptsächlich vor Augen haben. (Die älteren Juristen drückten die Clausel so aus: „Sollte ich auch gleich nach diesem ein Testament und letzten Willen verfertigen, so will ich doch, daß solcher nicht gelten, sondern dieses Testament unverbrüchlich gehalten werde." S. Coccaji diss. cit. Cap. 2. §. 183. Doch kann der Testirer auch die Ungiltigkeits-

Daß nun ein Testirer durch den Gebrauch dieser Clausel geradezu seinen eignen Willen nicht binden könne, ist im Allgemeinen unbestritten. Es fragt sich jedoch, ob in einem solchen Falle das zweite Testament durch sein bloßes Daseyn das frühere zerstöre, oder ob der Testirer in demselben ausdrücklich erklären müsse, daß er die frühere Verfügung wieder aufrufe? Dies haben Manche hauptsächlich aus dem Grunde behauptet, daß leicht ein Zweifel über die wirkliche Willensmeinung des Testirers entstehen könne, wenn sich in der späteren Verfügung eine so deutlich und bestimmt ausgesprochene Erklärung gar nicht berücksichtigt finde[88]). Die gemeine Meinung hat sich indessen sehr entschieden für das Gegentheil er-

erklärung des künftigen letzten Willens nur unter gewissen Modificationen ausdrücken (s. darüber weiter unten im Text Nr. 2). Sodann ist es ebenfalls eine Derogatorclausel im ersten Sinne, wenn der Testirer z. B. bestimmt: sollte ich dem Titius wiederholt diese Summe vermachen; so soll das Vermächtniß doch nur einmal gelten. Indessen ist die Wirkung dieser Clausel allerdings sehr verschieden von der obigen. S. unten Note 92. u. S. 176 fgg.

88) S. *Joh. a* Sande decisiones Frisicae. Lib. IV. Tit. 1. Defin. 10. Er behauptet sogar, dies sey die gemeine Meinung. Den Beweis davon ist er schuldig geblieben. Doch glaube ich gerne, daß in einer früheren Zeit sich sehr Viele der falschen Ansicht, welche allerdings manche allgemeine Gründe für sich hat, zugewandt haben mögen. Wenigstens klagt *A.* Faber in den errores Pragmaticor. Dec. XXXVII. Err. 7 über diesen „error in scholis et in foro frequens, quem antiqui glossatores invexerunt;“ und Dec. XXXVIII. Err. 1 spricht er von einem „inveteratus error.“ Von den späteren Juristen vertheidigt diese Meinung besonders Stryk caut. test. c. 24. §. 54 sq.

Art [89]), und sie hat auch gewiß die überwiegenden Gründe für sich, vorausgesetzt nämlich, daß man hierbei nur an eigentliche Testamente, oder an solche letztwillige

89) Wenigstens in der späteren Zeit. S. *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXXVII. Err. 7. Dec. XXXIX. Err. 1. (S. auch Dec. XXXVIII. Err. 1, wo er ausführt, daß, wenn auch ein Widerruf erfolgen müsse, dieser doch ohne spezielle Beziehung auf das frühere Testament, also in allgemeinen Ausdrücken erfolgen könne, z. B. non obstante quocunque testamento u. dgl. Denn auch hierüber wurde damals gestritten). *Ulr.* Huber comment. ad h. t. Pand. Nr. 5. *Jo.* Voet comment. ad Pand. ad *h. t.* §. 10. Manzius de test. valido et invalido. Tit. XXII. Nr. 21. 22. *Ant.* Merenda controvers. jur. civ. Lib. IV. C. 49. *J. N.* Hertius Diss. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita; Sect. I. §. 8. (in den comment. et opusc. Vol. I. P. III. p. 7). *Jo. Balth. a* Wernher observat. for. T. I. P. I. obs. 205. *Henr. de* Cocceji diss. cit. cap. 2. §. 156. *Corn. v.* Bynkershoek l. l. Kind quaest. for. T. I. c. 59. — Ferner die neueren Lehrbücher und Commentare. S. *Mich. Godofr.* Wernher lect. comment. in Pand. P. II. h. t. §. 2. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 518. Not. 1 u. den dazu gehörigen Text. Hellfeld in diesem §. Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1347. Thibaut System des Pand. Rechts Bd. 2. §. 976. (d. 8. A.) Günther princip. jur. Rom. T. II. §. 791. init. Hufeland Lehrb. des gem. Civilr. Bd. II. §. 1297. Schweppe das röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung, nach der Bearbeitung von W. Majer Bd. V. §. 869. Note 1. A. C. H. von Hartitzsch das Erbrecht nach heut. und röm. Rechten §. 420. Warnkönig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1036. Note 6. Haimberger jus Rom. privatum idque purum. T. III. §. 334. Nr. 2.

Verfügungen denkt, welche die Einsetzung eines s. g. directen Erben enthalten. Denn auf Codizillarverfügungen läßt sich dies wenigstens nicht unbedingt anwenden. Es ist nämlich bekannt, daß mehrere Codizille desselben Testirers neben einander bestehen können[90]. Da nun durch den späteren Codizill der frühere nicht aufgehoben wird, so darf man auch nicht sagen, daß der Testirer durch die bloße Errichtung des zweiten Codizills die Aenderung seines Willens an den Tag gelegt habe, sondern es müssen andere unzweideutige Merkmale dafür vorhanden seyn. In vielen Fällen wird sich dies aus dem Inhalte der Disposition ganz von selbst ergeben, und alsdann muß freilich die nämliche Wirkung eintreten, wie bei mehreren Testamenten[91]; in anderen dagegen wird es zweifelhaft bleiben, und da versteht es sich denn, daß die erste Erklärung des Testirers so lange respectirt werden muß, bis er sie ausdrücklich widerruft. Von einem solchen Falle spricht Hermogenian in der unten angeführten Stelle[92]. Die von einem Testirer (heißt es,

90) §. 3. J. *de codicillis.* L. 6. §. 1 D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.).

91) Arg. L. 3. C. *de codicillis* (VI. 36) — „in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat (mater), per eum (codicillum), in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si a prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse."

92) L. 22. pr. D. de leg. III. „Si quis in principio testamenti adscripserit: *cui bis legavero, semel deberi volo*, postea *eodem testamento vel codicillis* sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. *Sed hoc*

hier) im Eingange seines Testaments gemachte Erklärung: finde sich ein Vermächtniß für ein gewisses Individuum auch mehrmals angeordnet, so solle es doch nur einmal gelten, — werde unwirksam, wenn dennoch mehrere Vermächtnisse in der Absicht, daß sie sämmtlich gelten sollten sich angeordnet fänden, indem der zuletzt erklärte Wille jedenfalls den Vorzug habe; doch müsse der Testirer erklären, daß dies wirklich seine Absicht sey. Cujacius hält nun die Schlußworte („Sed hoc ita — — — — accipiat") für interpolirt, da sie weder der Kürze und Bestimmtheit, womit Hermogenian in seinen Libris epitomarum sich auszudrücken pflege, angemessen sey, noch zu den vorausgegangenen Aeusserungen passe: „exigit ante scientiam, nunc exigit specialem derogationem. Quid enim scientiam, si et praeter eam specialem derogationem desideras? aut quid specialem derogationem, si scientia contentus es"?[93]). Ihm stimmt A. Faber bei, indem er sich auch noch darauf stützt, daß man mit Unrecht die Worte: „si *sciens* saepe eidem legaverit" auf die im Anfange des Testaments enthaltene Derogatorclausel beziehe, da sie vielmehr nur bedeuteten, daß der Testirer bei der späteren Anordnung eines Vermächtnisses des früheren Vermächtnisses wohl eingedenk gewesen sey[94]). An und für sich läuft es nun wohl auf Eins hinaus, ob man sagt: das folgende Legat gilt, wenn der Testirer es in der Absicht

ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat."

93) Cujacii observat. Lib. XIV. c. 7.

94) A. Faber error. Pragmaticor. Dec. XXXVII. Err. 8. Nr. 20 sqq.

anordnet, daß auch das frühere daneben bestehen solle, oder: es gilt, wenn er die Derogatorclausel nicht länger bestehen lassen will. Schwerlich aber darf man mit A. Faber behaupten: es sey ganz gleichgiltig, ob er überhaupt an die Clausel gedacht habe, oder nicht, wenn er nur wissentlich, d. h. des früheren eingedenk, das zweite Legat anordne. Wenn z. B. der Testirer sagt: „ich vermache dem A. 200 Rthlr. in Gold," und an einer folgenden Stelle des Testaments oder auch in einem Codizill bestimmt: „ich vermache dem A. die 200 Rthlr. in Gold, welche ich bei dem Titius ausstehen habe," so wird auch ohne die obige Clausel („Si cui bis legavero, semel deberi volo") es mindestens sehr zweifelhaft seyn, ob verschiedene Vermächtnisse gemeint seyen, oder das zweite nur eine sich auf das erstere beziehende Demonstration enthalte; ist aber vollends die Clausel gebraucht, so leidet es nun gewiß nicht das geringste Bedenken, daß das Vermächtniß nur einmal gelte, falls nicht der Testirer ausdrücklich das Gegentheil bestimmt hat. Auch hier geht also die letzte Willenserklärung des Testirers der früheren vor; allein es muß feststehen, daß der Testirer diese habe aufheben wollen. Von einem Falle nun, wo dies zweifelhaft war, spricht Hermogenian, und darum verlangt er mit Recht eine ausdrückliche Erklärung des Testirers zur Begründung der Behauptung, daß beide Vermächtnisse gefordert werden könnten. Weder der Zusammenhang der Gedanken, noch der Ausdruck rechtfertigt hier den Tadel des Cujacius: der Testirer soll an seine frühere Erklärung nicht gebunden seyn, jedoch es muß seine Absicht sie aufheben zu wollen nicht bezweifelt werden dürfen[95]). Nach einer sehr verbreite-

95) Einen ähnlichen Fall trägt Ulpian in der L. 14. pr.

ten Meinung nun soll man hier unterscheiden zwischen den Fällen, wo der Erblasser in dem nämlichen letzten Willen und wo er in einer späteren Disposition das zweite Vermächtniß angeordnet hat; nur dort bedürfe es einer Erklärung des Testirers, daß auch dies Vermächtniß gelten solle, in dem zweiten Falle verstehe sich dies von selbst[96]). Diese Interpretation ist nicht nur von allen juristischen Gründen entblößt[97]), sondern sie würde

D. *de leg.* I. vor. „Si ita sit adscriptum: *si cui legavero bis, semel heres si dato*, — et eidem duas quantitates adscripserit, vel duos fundos, an utrumque debeatur? Et ait Aristo, unum videri legatum; nam quod ademtum est, nec datum videri, secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est." — Hier wird also als sich von selbst verstehend angenommen, daß nur eine ausdrückliche Zurücknahme jener Aeusserung dem zweiten Vermächtnisse selbstständige Geltung verschaffen könne.

96) Schon in der Accursischen Glosse zu dieser Stelle findet sich diese Ansicht neben mehreren anderen vorgetragen. Von späteren Schriftstellern nenne ich nur *Barth.* Chesius de different. jur. Cap. XXXI. Nr. 3 sqq. (in Heineccii Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 710). *Ulr.* Huber praelect. ad Pand. tit. de injusto rupto irr. facto test. §. 5. Bynkershoek quaestion. jur. priv. Lib. III. c. 6. (opp. T. II. p. 355 b.). — Auch in die Lehrbücher, welche sich überhaupt auf die Sache einlassen, hat sie Eingang gefunden. S. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch V. §. 506.

97) Sonderbar sind die Gründe, welche der sonst so hellsehende Bynkershoek a. a. O. vorbringt. Daß einer in dem nämlichen Testamente, ungeachtet der vorausgehenden Clausel, dennoch mehrere Vermächtnisse anordne, lasse sich, wie er meint, von einem Menschen, der seine

auch vielfältig zu einem der Absicht des Testirers geradeswegs widerstreitenden Resultate führen, und überdies wird sie durch den buchstäblichen Inhalt der Stelle selbst direct widerlegt. Denn a) Codizillarverfügungen, sie mögen im Testamente oder in besonderen Codizillen, in einem oder in verschiedenen Codizillen erfolgen, bilden allemal nur einen Theil derselben letztwilligen Verfügung[98]), es kann mithin an sich darauf nichts ankommen, ob die zur Frage stehenden Dispositionen in einer Testamentsurkunde oder in verschiedenen enthalten sind. Zwar heißt es: von mehreren widerstreitenden Codizillen gehe das letzte vor[99]); allein nicht nur wird dies ausdrücklich davon abhängig gemacht: „**si a prioris tenore discrepat,** ***et contrariam voluntatem continet,***" sondern es beruht ja auf der allgemeinen Regel, daß in demselben Testamente allemal im Zweifel die **novissima** oder **posterior scriptura** vorgehe[100]). b) Es ist gewiß viel eher

gesunden Sinne habe, kaum denken und darum verlange Hermogenian hier eine bestimmte Erklärung, „**ex qua constet de seria ejus voluntate; sed hoc transferre non licet ad duo testamenta diverso tempore condita, ubi oblivio et alia quam plurima incidere possunt, quae specialem revocationem saepe molestam et impossibilem redderent.**" Aber hieraus folgt gerade umgekehrt, wenn anders der unzweifelhafte Wille des Testators entscheiden soll, daß vielmehr die zweite Disposition eine ausdrückliche Aufrufung der früheren enthalten müßte.

98) L. 3 in f. L. 6. §. 1. L. 16 D. *de jure codicillorum* (XXIX. 7).

99) L. 3 C. *de codicillis* (VI. 36).

100) L. 12. §. 3 D. *de legat.* I. L. 6. §. 1. L. 28 D. *de adim. vel transfer. leg.* (XXXIV. 4). — Bei Ver-

anzunehmen, daß der Testirer zu seiner zweiten Verfügung durch Irrthum und Vergessenheit verleitet worden sey, wenn sie in einer verschiedenen, als wenn sie in der nämlichen Willenserklärung erfolgt, und so erscheint denn, wenn stillschweigende Aufhebung der früheren Disposition hier überhaupt anzunehmen ist, ein Schluß auf den veränderten Willen des Testirers dort weniger gerechtfertigt, wie hier. Ja es läßt sich auch sehr wohl denken, daß der Erblasser in der späteren Willenserklärung mit Vorbedacht ein bereits angeordnetes Vermächtniß wiederholt habe, in der Absicht es zu bestätigen, nicht um eigentlich etwas Neues zu verfügen, was doch wohl so leicht nicht angenommen werden kann, wenn es in der nämlichen Disposition geschieht. c) Aber Hermogenian sagt ja auch ausdrücklich: „Si — — postea eodem testamento *vel codicillis* saepe eidem legaverit," was sich doch schwerlich anders verstehen läßt als: „wenn der Testirer später, sey es in demselben Testamente oder in Codizillen, — also in Nachträgen zu diesem Testament — Vermächtnisse anordnet!"

Eine Stelle, welche zwar nicht eigentlich hieher gehört, da in ihr von der derogatorischen Clausel überall nicht die Rede ist, bestimmt doch sehr deutlich das Prinzip, worauf bei Vermächtnissen Alles beruht: es ist der Wille des Testirers hier allein entscheidend, in welcher

mächtnissen gilt dies sogar auch für verschiedene Bedingungen, welche an verschiedenen Stellen einem Vermächtnisse beigefügt sind (L. 87 D. *de cond. et dem.* XXXV. 1 — „traditum est, in legatis novissimam — — conditionem spectandam esse." L. 90 *eod.*), obgleich sonst nur die leichtere Bedingung berücksichtigt werden soll (L. 27. §. 2 D. *de her. inst.*).

Ordnung er auch ausgesprochen seyn mag, und die einmal ausgesprochene Erklärung gilt auch so lange, bis sie wieder zurückgenommen ist. „*Pomponius Lib. III. ad Sabinum*[1]). In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die, vel conditione, vel in totum ademtione potest. — Interdum tamen in legatis non posterior, sed praecedens scriptura valet; nam si ita scripsero: *quod Titio infra legavero*, *id neque do*, *neque lego*, quod infra legatum erit, non valebit; nam et eum sermonem, quo praesentia legata data in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinent[2]). *Voluntas ergo facit*,

1) L. 12. §. 3 D. *de legat.* I.

2) Es ist hier die s. g. clausula Prorogationis gemeint, wodurch die Erfüllung der Vermächtnisse hinausgeschoben — also ein dies a quo beigefügt wird. S. Pothier Pand. Justin. Tit. de legat. et fideic. L. XXX—XXXII. Sect. II. Art. II. Tom. II. p. 318. Ein zu dem obigen Satze passendes Beispiel ist das in der L. 30. pr. de Leg. I. vorgetragene: „quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato.“ Die von Ulpian über die Bedeutung dieser Bestimmung hinzugefügte Erläuterung (§. 1—7) kann als eine Bestätigung unserer obigen Ausführung über die Wirkung der Derogatorclausel angesehen werden. Die Clausel (sagt Ulpian) erstreckt ihre Wirkung nicht blos auf die vorhergehenden, sondern auch auf die nachfolgenden Vermächtniß-Anordnungen, nur müssen diese pure, d. i. hier: ohne irgend eine Bestimmung angeordnet seyn, woraus die Absicht des Testirers hervorgeht, daß für dies Vermächtniß die Prorogationsclausel nicht gelten solle. Als Beispiele werden hiezu folgende angeführt: wenn ausdrücklich bestimmt wird, das Vermächtniß solle

quod in testamento scriptum valeat." Dies muß denn natürlich auch von dem Falle gelten, wenn die spätere Disposition in einem später errichteten Codizill enthalten ist (Note 98). Nur insofern ist auf das später Niedergeschriebene das meiste Gewicht zu legen, als dadurch ganz offenbar die frühere Disposition hat aufgehoben werden sollen, was übrigens nicht gerade buchstäblich erklärt zu werden braucht, wenn sonst nur die Absicht des Testirers klar ist. So würde es in dem von Hermogenian vorgetragenen Falle hinreichen, wenn der Testator bei der folgenden Anordnung sagte: „ich will, daß der Titius beide von mir ihm ausgesetzte Vermächtnisse vollständig erhalten soll;" denn hierin liegt eine spezielle Erklärung, daß die im Eingange des Testaments ausgedrückte Derogator-Clausel aufgehoben seyn solle. Es läßt sich aber auch denken, daß die Derogator-Clausel und daneben die letzte Anordnung ihre Wirkung äußert. Heißt es nämlich im Testament: nur ein Vermächtniß solle gelten, so bekommt der Legatar jedenfalls nur eins, wie viele Vermächtnisse ihm auch ausgesetzt

sofort fällig seyn („si forte centum mihi legata sunt *praesentia*"), wenn dem Legatar terminliche Leistungen geschehen sollen, z. B. jährlich, monatlich, so lange er lebt („quia hoc legatum et initium et finem habet," d. h. weil dies Vermächtniß seinen eigenthümlichen Anfangs- und Endpunct hat), — wenn eine besondere Bedingung, ein besonderer Zahlungstermin einzelnen Vermächtnissen beigefügt wird. — Genug, die bezeichneten Worte der L. 12. §. 3 D. *de leg.* I. gehen auf diese s. g. Prorogationsclausel: So gut diese ihre Wirkung auf die späteren Anordnungen erstreckt (will Pomponius sagen), eben so ist dies auch bei der Derogatorclausel der Fall.

seyn mögen, allein im Zweifel ist es das zuletzt angeordnete, worauf hier sein Recht geht[3]).

Dies Alles mußte vorausgeschickt werden, um zu zeigen, daß die in unseren Rechtsquellen enthaltenen Aeußerungen über die Wirkung der Derogatorclausel in Beziehung auf Vermächtnisse keineswegs unbedingt auf Erbeinsetzungen angewandt werden dürfen, wie gleichwohl meistens geschieht, selbst von solchen Auslegern, welche über die hier zur Erörterung stehende Frage eine richtige Ansicht haben, sich aber natürlich bei deren Rechtfertigung in Widersprüche und unnütze Subtilitäten verwickeln müssen. — Mehrere Codizillardispositionen können neben einander bestehen, und darum hebt die letzte nicht schon durch ihr bloßes Daseyn die erste auf, sondern es kommt Alles auf die erweisliche Absicht des Testirers an, um das Verhältniß der verschiedenen Verfügungen zu bestimmen, — ob sie nämlich alle gelten, oder nur die erste, oder nur die letzte. Viel einfacher erscheint die Sache bei mehreren Testamenten im engeren Sinne. Hier werden durch das letzte die vorausgegangenen ipso jure zerstört, die Erklärung des Testirers, daß dies wirklich der Fall seyn solle, erscheint mithin als etwas sehr Ueberflüssiges[3 a]).

Aber es muß doch diese Aufhebung der früheren Testamente vom Testirer auch gewollt seyn? Allerdings, sofern das letzte Testament auf seinem eigenen und freien Willen beruhen muß, indem es ja sonst im Rechtssinne gar nicht existirt[4]). Ist dies der Fall, so liegt in einer

3) Arg. L. 6. §. 1 D. *de adimend. legat.*

3 a) Vgl. *Ant.* Merenda controv. jur. civil. L. IV. c. 49. Nr. 22.

4) Arg. L. 32 pr. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5). L. 1 C. *si quis aliquem testari prohibuerit* (VI. 34) u. L. 3

zweiten Verfügung über Universalsuccession von selbst die Erklärung, daß die frühere aufgehoben seyn solle, ja es wird als zerstört auch selbst noch in dem Falle betrachtet, wenn der Testirer zu erkennen gegeben hat, er wolle es nicht aufgehoben haben, indem alsdann sein Inhalt nur als fideicommissarische Disposition gilt und als solche von dem im zweiten Testamente eingesetzten Erben zu erfüllen ist[5]). Indessen meinen die Gegner, daß anzunehmen sey, die Derogatorclausel habe den Zweck, das Testament wider Hinterlist, Zwang und ungestüme Zudringlichkeit der darin nicht eingesetzten Personen zu sichern, weshalb denn sogar präsumirt werden soll, das zweite Testament sey durch dergleichen unerlaubte Mittel bewirkt, es sey „**factum a testatore, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit**“[6]). In der That aber ist diese Voraussetzung so weit hergeholt und gesucht, wie die daraus gezogene Schlußfolgerung. Es ist eben so leicht, ja noch viel eher anzunehmen, daß die Derogatorclausel durch Einflüsterungen und Ueberredungskünste der in dem früheren Testamente eingesetzten Erben veranlaßt worden sey, welche die von ihnen erschlichene Erbschaft sich dadurch zu sichern suchen, wie es denn an erwiesenen Fällen dieser Art keineswegs fehlt[7]). Wäre aber jene Voraussetzung auch als wirklich vorhanden

D. *eod.* (XXIX. 6). — Vgl. hierüber Bd. 34 d. Comment. S. 1405 bes. daselbst Nr. 2. S. 426 fgg. u. §. 1406.

5) L. 12. §. 1 D. *h. t.* — Vgl. §. 3 J. *quib. mod. test. infirm.*

6) *Jo. a* Sande decisiones Frisicae Lib. IV. Tit. I. defin. 10. p. 291.

7) M. s. die Beispiele bei Bynkershoek l. l. cap. 6 u. 7.

nachzuweisen, so würde dennoch das folgende Testament nicht schon ohne Weiteres für ein durch Hinterlist oder Zwang bewirktes gehalten werden dürfen, vielmehr die hierauf zu gründende, höchst entfernte und schwache Vermuthung der bestimmteren für die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts und Abwesenheit von Dolus streitenden weichen müssen [8]). Freilich, wenn aus Gründen, die zum juristischen Beweise hinreichen, das Gegentheil anzunehmen ist, so muß für die in dem früheren Testamente Eingesetzten gesprochen werden [9]); allein der Gebrauch der Derogatorclausel in dem ersten Testament ist dabei ganz

8) L. 18. §. 1 D. *de probat.* (XXII. 3). L. 12 D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5).

9) Auch hieher gehörige Beispiele finden sich bei Bynkershoek a. a. O., und der von Joh. v. Sande a. a. O. referirte Fall möchte wohl ebenfalls dahin zu rechnen seyn. Die Testirerin hatte erweislich die Derogatorclausel ihrem Testamente hinzugefügt, um keinen weiteren Zudringlichkeiten von Seiten ihres Mannes ausgesetzt zu seyn, welcher sie unaufhörlich bestürmte, zu seinem Besten zu verfügen. Auch späterhin beklagte sie sich über die ewigen Sollicitationen ihres Mannes, und ließ sich in der That dadurch zu einem neuen Testamente bestimmen, das aber der Gerichtshof nicht für giltig erklärte. Da eigentliche Zwangshandlungen hier nicht vorlagen, so hätte sich der Mann wohl auf L. 3 C. *si quis aliquem testari prohib. vel coegerit* („Iudicium uxoris postremum in se provocasse maritali sermone non est criminosum"), so wie auf die ähnlich lautende Entscheidung Papinian's in L. 3 D. *eod.* berufen dürfen. Gewiß aber ist die Praxis aus guten Gründen zu begünstigen, welche hier eine ungestüme Zudringlichkeit dem Zwang gleich achtet. S. Bd. 33 d. Comment. §. 1405. S. 433 fgg.

gleichgiltig, indem dieses von selbst aufrecht erhalten wird, wenn das zweite nicht gelten kann. — Gesetzt aber auch, die Voraussetzungen, worauf die Gegner ihre Ansicht gründen, wären vollkommen richtig, so läßt sich doch in der That nicht begreifen, wie man hier das geringste Gewicht auf die in dem zweiten Testament ausgesprochene Aufhebung der Derogatorclausel legen mag. So gut der Testirer überhaupt wider seinen Willen zur Aenderung seiner früheren Disposition veranlaßt werden kann, eben so gut wird er sich auch zur ausdrücklichen Aufhebung jener Clausel bestimmen lassen, und muß das letzte Testament für ungiltig gehalten werden, weil es nicht als der eigne, freie Wille des Erblassers zu betrachten ist, so erstreckt sich diese Ungiltigkeit natürlich auch auf die darin enthaltene Nichtigkeitserklärung der ersten Disposition! Darum sucht man denn auch ganz vergeblich die hier angefochtene Meinung auf dem Wege zu begründen, daß man sagt: der letzte Wille des Erblassers ist allerdings der entscheidende, es kommt aber darauf an, welche Erklärung dafür zu halten ist, ob die zuletzt ausgesprochene, oder diejenige, wodurch man im Voraus jede künftige Disposition vernichtet; denn die Ordnung, in welcher Jemand seinen Willen erklärt, ist an sich gleichgiltig, der Wille des Testirers entscheidet hier Alles, und diesen hat er ja deutlich genug durch die Derogatorclausel ausgesprochen. Man sieht bald, daß diese Argumentation auf einer wahren petitio principii beruht. Auf gleiche Weise könnte man sagen, daß kein Testament durch ein späteres aufgehoben werde, da das zuerst errichtete seiner Bestimmung nach ja allemal als letzter Wille des Erblassers anzusehen ist, „nam ars deluditur arte“ bemerkt bei dieser Gelegenheit sehr passend Bynkers-

hoek[10]). Und daß die frühere Erklärung der späteren vorgehen könne, ist ja nur in Beziehung auf Vermächtnisse, wobei alle einzelnen Bestimmungen als Bestandtheile der nämlichen letztwilligen Disposition erscheinen, und auch hier keineswegs als Regel ausgesprochen („*Interdum* — sagt Pomponius in der L. 12. §. 3 D. *de legat. I.* — in *legatis* non posterior, sed praecedens scriptura valet"), indem vielmehr das Prinzip: novissimae scripturae valent als Regel auch für Vermächtnisse anerkannt ist. Genug es fehlt dieser Argumentation, von welcher Seite man sie betrachten möge, ebenfalls an allen haltbaren Gründen. Verdiente sie aber auch den vollsten Beifall, so würde ja immer wieder die Frage aufgeworfen werden dürfen: wozu denn hier die Aufhebung der Derogatorclausel dienen solle? Denn, äußert diese ihre Wirkung überhaupt auf das nachfolgende Testament, so müssen alle Theile desselben auf gleiche Weise davon ergriffen werden, die Wiederaufhebung der Derogatorclausel eben so gut, wie alle übrigen Dispositionen. Freilich könnte man dagegen allenfalls noch einwenden: der Testirer habe vielleicht aus Vergessenheit das spätere Testament errichtet, die ausdrückliche Aufhebung der Derogatorclausel enthalte mithin ein Zeugniß, daß er mit Ueberlegung und Absicht seinen Willen geändert habe. Allein beim Licht besehen erscheint auch dies Argument durchaus unbedeutend. Wenn ein Testirer aus freien Stücken und auf unzweideutige Weise erklärt, wer ihn beerben solle, so muß diese Erklärung als Merkmal seines gegenwärtigen ernstlichen Willens und Entschlusses angesehen werden und als die letzte allen früheren Dispositionen vorgehen. Erinnert er sich auch der Deroga-

10) Bynkershoek l. l. cap. 6 init.

torclausel nicht, so hat er sich doch darüber, was er jetzt wolle, erklärt, und hierauf allein kommt es an [11]). Ueberdies darf man nicht vergessen, wie vielfältig dergleichen Clauseln von den Concipienten der Rechtsgeschäfte angewandt werden, ohne daß der Testirer ihre Bedeutung kennt, so daß man auch aus diesem Grunde weder auf ihren Gebrauch noch auf ihre Aufhebung ein großes Gewicht legen darf.

Ist nun hiernach also die Clausel, wie ihre Aufhebung, bei eigentlichen Testamenten für etwas durchaus Ueberflüssiges anzusehen, so kann natürlich auch darauf nichts ankommen, ob die Aufhebung früherer Verfügungen ganz allgemein, oder mit spezieller Beziehung auf das frühere Testament und die darin enthaltene Derogatorclausel geschehen sey [12]). Jedoch lassen Manche dies nur als Regel gelten, ausnahmsweise gestehen sie der Derogatorclausel Wirksamkeit zu:

11) Vgl. hier besonders *de* Wernher observat. forens. T. I. P. I. obs. 205. Nr. 21—59.

12) Auch dies ist wieder unter denen streitig, welche das zweite Testament nur anerkennen, wenn in demselben die Derogatorclausel widerrufen ist, indem Manche einen speziellen Widerruf erfordern. M. s. *A.* Faber error. Pragmaticor. Decad. XXXVIII. Err. 1; ferner die bei *Henr. de* Cocceji diss. cit. Cap. 2. Nr. 152 fgg. angef. Schriftsteller, auch Wernher l. l. Nr. 135 fgg. Diese Schriftsteller vertheidigen die richtige Ansicht: es sey weder eine General- noch eine Special-Aufhebung nöthig. Stryk ist zwar entgegengesetzter Meinung, läßt übrigens, ausser einer ausdrücklichen Aufhebung der Derogatorclausel, auch noch Vermuthungsgründe dafür zu, daß das spätere Testament die ernstliche und aufrichtige Willensmeinung des Testirers ausdrücke, cautel. testam. Cap. XXIV. §. 56.

1) wenn sie eidlich bestätigt oder die s. g. clausula juratoria s. adjuratoria hinzugefügt ist. Hat dies seine Richtigkeit, so kann der Grund davon natürlich nur in der Unverbrüchlichkeit des Eides liegen, es würde hieraus also folgen, daß ein solches Testament überall nicht aufgehoben werden dürfe. Dennoch macht man auch hier noch einen Unterschied, ob der Testirer zur Willensänderung einen rechtmäßigen Grund gehabt habe, oder nicht, und erachtet im ersten Falle die Aufhebung des beschwornen Testaments für giltig [13]). Da hierbei vorausgesetzt wird, daß der Testirer mit voller Willensfreiheit verfuhr, als er sich der Eidesclausel bediente, dieser an sich auch die Bedeutung eines rechten Eides zukomme, so ist diese Distinction durchaus inconsequent. Schon bei einem gewöhnlichen Versprechen ist es unzulässig, sie hinterher noch durch Bedingungen und andere Modalitäten einseitig zu beschränken, am wenigsten kann das daher bei eidlichen Versicherungen gestattet seyn [14]). Vergeblich

13) *Ant.* Merenda controversiar. jur. civil. L. IV. Cap. 50. *Henr. de* Cocceji disp. de clausulis testamentor. Cap. 2 in f. (Nr. 264 sqq.) *Sam.* Stryk cautel. testamentor. Cap. XXIV. §. 24.

14) Zwar hat man aus der Vorschrift des canonischen Rechts: auch zur Erfüllung eines beschwornen Eheversprechens dürfe man nicht angehalten werden, wenn die Verlobte einen unzüchtigen Umgang mit anderen Männern unterhält, oder von einer eckelhaften Krankheit befallen, oder verstümmelt wird (cap. 25 X. *de jurejur.* II. 24) die Regel abstrahirt: selbst bei einem beschwornen Versprechen verstehe sich die Clausel *rebus sic stantibus* von selbst (*J. H.* Böhmer in edit. corp. jur. can. ad h. l. Not. 94). Indessen ist man jetzt wohl darüber einverstanden, was es mit dieser Clausel und ihrer stillschwei-

sucht sich diese Inconsequenz hinter folgender Argumentation zu verbergen: An die Derogatorclausel ist der Testirer freilich nicht gebunden, und darum muß es ihm auch frei stehen, den beschwornen letzten Willen wiederum aufzuheben. Jedoch giebt er durch die eidliche Versicherung einen besonders ernstlichen und festen Entschluß zu erkennen; er erklärt dadurch auf das bündigste, daß er wenigstens nicht ohne sehr erhebliche Gründe das Testament aufheben oder abändern wolle [15]). — Käme es nur auf den ernstlichen und festen Willen an, so muß dieser ja bei jedem Testamente vorausgesetzt werden, und am wenigsten darf man wohl zweifeln, daß der Testirer eine Aenderung nicht beabsichtige, wenn er dem Testamente die Derogatorclausel einverleibt. Ist es dagegen die Heiligkeit des Eides, welche hier einwirken soll, so muß derselbe auch unter allen Umständen unverbrüchlich gehalten werden, und die Clausel, welche man subintelligirt wissen will: **si modo aliquid novi non superveniat, quod idoneam revocandi causam praestet** (s. Note 15), würde man, wenn sich der Testirer dies auch wirklich gedacht hätte, doch nur als unerlaubte Mentalreservation betrachten können [16]).

Allein richtiger ist es wohl, in unserem Falle der Eidesclausel überhaupt keine Wirkung zuzugestehen. —

genden Voraussetzung eigentlich auf sich habe, und daß man wegen veränderter Umstände einseitig von einem Vertrage nur abgehen könne, soferne die Natur des Vertrags, besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dies mit sich bringt. A. D. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90. Nr. III.

15) A. Merenda l. l. §. 6.

16) Vgl. hierüber Bd. 12 d. Comment. §. 792. S. 204.

Man streitet bekanntlich darüber, ob der Eid ein sonst ungiltiges oder unwirksames Rechtsgeschäft in ein giltiges und wirksames verwandeln könne? Alles was sich dafür sagen läßt beschränkt sich darauf, daß der Pabst einzelne Fälle bejahend entscheide und diese Entscheidungen darauf stütze: die Erfüllung des Eidschwurs gefährde weder das Seelenheil, noch gereiche sie dritten Personen zum Nachtheil [17]). Diejenigen nun, welche die Frage allgemein bejahen, halten diesen Grund für einen wahren Rechtssatz, den der Pabst nur auf besondere Fälle angewandt habe, und welchen sie etwa so ausdrücken: Jeder Eid muß erfüllt werden, der ohne Gefahr für das Seelenheil und ohne Verletzung der Rechte Dritter erfüllt werden kann [18]). Dagegen dürfte sich aber doch wohl Folgendes erinnern lassen: Ein Rechtssatz wie dieser, durch dessen Anwendung die wohlthätigsten Bestimmungen des jus publicum ganz und gar vereitelt werden, ist eine höchst gemeingefährliche Anomalie, zu deren Annahme man nur durch eine unumwundene gesetzliche Vorschrift, keineswegs aber durch bloße Abstraction aus besonderen Entscheidungen berechtigt wird, oder, was einerlei ist, dadurch, daß man einen unterstützenden Nebengrund, eine Hinweisung auf das moralische Gefühl zum wahren Rechtssatz erhebt [19]). Dergleichen Sentenzen eig-

17) C. 8 u. 28 X. *de jurejur.* (II. 24). C. 2 *eod.* in VI. (II. 11). C. 2 *de pact.* in VI. (I. 18).

18) Unter den Neueren hat die Richtigkeit dieser Regel vorzüglich vertheidigt Thibaut Theorie der logischen Auslegung §. 16. S. 61 fg. d. 2. A.

19) So wird die Nothwendigkeit einer durchgängigen bona fides bei der Verjährung vom Pabste auf den Grund gestützt: „quoniam omne quod non est ex fide, pec-

nen sich überdies gar nicht zu wahren Rechtssätzen, weil sie zu allgemein sind und eben um deswillen aus ihnen so Vieles gefolgert werden kann, was mit anderen Rechtswahrheiten sich nicht verträgt (s. Note 19); behandelt man sie als solche, so sieht man sich doch hinterher wieder zu Einschränkungen genöthigt, wodurch die sogenannte Regel nothwendig sehr unbestimmt, wenn nicht ganz unbrauchbar werden muß. Auch zur Anwendung jener vermeintlichen Rechtsregel erfordert man, daß der Eid freiwillig geleistet worden sey. Gewiß wäre man auf diese Einschränkung nicht gekommen, fände sich nicht im canonischen Rechte deutlich bestimmt, daß erzwungene Eidesleistungen unkräftig seien[20]. Denn auch einen erzwungenen Eid kann man unbeschadet des Seelenheils und der Rechte Dritter erfüllen, und selbst die strenge Moral würde dies fordern,

catum est" (cap. ult. X. *de praescr.* II. 26); soll denn dies auch etwa eine Rechtsregel seyn? Selbst im römischen Rechte fehlt es ja an solchen Unterstützungsgründen nicht, die gewiß passend angewandt sind, allein als Rechtsregeln verstanden zu Widersprüchen und Absurditäten führen würden. Wie will man alsdann z. B. das „neque malitiis indulgendum est" in L. 38 D. *de rei vind.* (VI. 1) mit der Rechtsregel vereinigen: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam? Und auf welche seltsame Resultate man kommt, wenn man aus der Aeusserung von Paulus in der L. 2. §. 5 D. *de aquae plur. arc. act.* XXXIX. 3 („— quod factum mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturum est". —) die Rechtsregel abstrahirt: quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id poteris compelli, ist längst von Anderen gezeigt. S. A. D. Weber von der natürl. Verbindl. §. 101. Nr. 5.

20) C. 6. 15. 29. X *de jurejur.* (II. 24). C. 6. X *de his quae vi metusve causa fiunt* (I. 40).

da auch die ungerechteste Nöthigung nicht willenlos macht, folglich auch einen Eidesbruch nicht rechtfertigen kann, „quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui"[21]), würden hier die Stoiker sagen. Jedenfalls sieht man aber, daß der Pabst keineswegs gemeint war, seinen Satz in unbedingter Allgemeinheit geltend zu machen, sondern daß er sich seiner nur als Unterstützungsgrund bei der Entscheidung solcher Fälle bediente, wo die Abweichung von den gemeinrechtlichen Grundsätzen ihm weniger gefährlich erschien[22]). Indessen stehen auch noch andere Gründe der Meinung entgegen, daß die Eidesclausel die Widerruflichkeit eines Testaments aufhebe oder beschränke. Einmal sind die juristischen Wirkungen einer eidlichen Versicherung da

21) L. 21. §. 5 D. *quod metus causa* (IV. 2). — S. J. G. Heineccii opusc. in quib. hist. edictor. aliaque continentur p. 397. Note b. — Auch der Pabst deutet auf diese moralisch verbindende Kraft selbst des erzwungenen Eides hin, namentlich in c. 8 x. *de jurejur.*

22) Dies ergiebt sich noch bestimmter daraus, daß der Pabst auch in Fällen, wo von Zwang gar nicht die Rede war, eidlich gegebene Versprechungen, die sehr füglich unbeschadet des Seelenheils erfüllt werden konnten, einseitig aufzulösen gestattet; cap. 25 x. *de jurejur.* (s. oben Note 14). — In neueren Zeiten hat man daher die früher sehr verbreitete Ansicht, daß ein aus Gründen des jus publicum wirkungsloses Rechtsgeschäft durch eidliche Bestärkung wirksam werden könne, ziemlich allgemein aufgegeben. — S. Weber von der natürl. Verbindl. §. 121 u. die das. angeführten Schriftsteller. Vgl. auch *Jul. Frid.* Malblanc doctr. de jurejur. (ed. 2. Tub. 1820) §. 118, welcher sich auch gegen diese Meinung erklärt, hauptsächlich aber aus dem Grunde, daß das canonische Recht dem römischen in diesem Puncte nicht derogire.

durch bedingt, daß ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben (oder statt dessen die Verhängung irgend eines Nachtheils wegen Nichterfüllung) möglich ist. Dies aber setzt nothwendig voraus, daß man sich durch die Eidesleistung irgend Jemandem verpflichte, sey es einer Privatperson, oder der Obrigkeit. Wer nun sein Testament durch die Eidesclausel bestärkt, verpflichtet sich dadurch Niemandem, eben so wenig wie derjenige, welcher sonst ohne Vertrag oder eine besondere Verpflichtung irgend etwas beschwört. Mag der Misbrauch des göttlichen Namens durch unnützes Fluchen und Schwören polizeiliche Ahndung nach sich ziehen, — immer fehlt es hier an einem Subject, welches die Erfüllung der eidlichen Versicherung rechtlich erzwingen könnte. — Zweitens würde, wenn man auch die Richtigkeit der angeblichen Regel des canonischen Rechts zugeben müßte, hier doch allemal der Grundsatz zur Anwendung kommen: lex specialis derogat generaliori[23]). In einem von Marcian referirten Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antonin Caracalla heißt es nun: jusjurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti"[24]). Daß

23) Arg. c. 1. *de constit.* in VI. (I. 2). L. 41 D. *de poenis* (XCVIII. 19). — Thibaut über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (in dessen civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Nr. VII).

24) L. 112. §. fin. *de leg.* I. — Gemeinhin versteht man die Stelle von einer dem Honorirten gemachten Eidesauflage. S. Gl. Acc. *juris* ad h. l. Cujacius ad h. l. (opp. ed. Neap. T. VII. p. 1078). Pothier Pand. Justin. Tom. II. p. 298. Nr. 145. 1. In der That ist es auch mehr als wahrscheinlich, daß dies zunächst nur gemeint war. Indessen sagen die Kaiser ganz allgemein:

unter dem jusjur. *contra vim legum et auctoritatem* auch solche Versicherungen verstanden werden, welche contra bonos mores sind, ergiebt die unmittelbar vorausgehende Stelle [25]): „Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid." Darauf wird denn hinzugefügt: auch dann gelte es nicht, wenn es durch Eid bestätigt sey. Nun wird Niemand bezweifeln, daß die Beschränkung der Freiheit zu testiren von den Römern als etwas der guten Sitte Zuwiderlaufendes betrachtet worden sey, wie denn hieraus hauptsächlich auch das Verbot der Erbverträge abzuleiten ist [26]). Zwar sind diese gegenwärtig erlaubt,

ein dem Recht und der Sitte zuwider laufender Eid sey im Testamente als gar nicht vorhanden anzusehen. Dies so allgemein zu verstehen, wie es ausgesprochen ist, wird um so weniger Bedenken finden können, da es ohnehin ausser Zweifel ist, daß die Kaiser jede Beschränkung der Freiheit zu testiren als unverträglich mit der guten Sitte betrachteten (s. die Note 26). — S. auch *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2 u. vgl. C. C. Westphal hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. Bd. I. §. 297.

25) L. 112. §. 3. D. *de leg.* I.

26) Vgl. Hasse über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 2. Nr. 2. (im Rhein. Mus. Bd. II. S. 156 fgg.) — Hauptgrundsatz ist hier: Nemo sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate recedere ei non liceat (L. 22 pr. D. *de leg.* I.). So wie jede Einschränkung der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit durch Testament und Vertrag, so ist auch diese contra bonos mores, kann also auch, wie überhaupt alles Rechtswidrige, nicht durch eidliche

durch bedingt, daß ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben (oder statt dessen die Verhängung irgend eines Nachtheils wegen Nichterfüllung) möglich ist. Dies aber setzt nothwendig voraus, daß man sich durch die Eidesleistung irgend Jemandem verpflichte, sey es einer Privatperson, oder der Obrigkeit. Wer nun sein Testament durch die Eidesclausel bestärkt, verpflichtet sich dadurch Niemandem, eben so wenig wie derjenige, welcher sonst ohne Vertrag oder eine besondere Verpflichtung irgend etwas beschwört. Mag der Misbrauch des göttlichen Namens durch unnützes Fluchen und Schwören polizeiliche Ahndung nach sich ziehen, — immer fehlt es hier an einem Subject, welches die Erfüllung der eidlichen Versicherung rechtlich erzwingen könnte. — Zweitens würde, wenn man auch die Richtigkeit der angeblichen Regel des canonischen Rechts zugeben müßte, hier doch allemal der Grundsatz zur Anwendung kommen: lex specialis derogat generaliori [23]). In einem von Marcian referirten Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antonin Caracalla heißt es nun: jusjurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti" [24]). Daß

23) Arg. c. 1. *de constit.* in VI. (I. 2). L. 41 D. *de poenis* (XCVIII. 19). — Thibaut über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (in dessen civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Nr. VII).

24) L. 112. §. fin. *de leg.* I. — Gemeinhin versteht man die Stelle von einer dem Honorirten gemachten Eidesauflage. S. Gl. Acc. *juris* ad h. l. Cujacius ad h. l. (opp. ed. Neap. T. VII. p. 1078). Pothier Pand. Justin. Tom. II. p. 298. Nr. 145. 1. In der That ist es auch mehr als wahrscheinlich, daß dies zunächst nur gemeint war. Indessen sagen die Kaiser ganz allgemein:

unter dem jusjur. *contra vim legum et auctoritatem* auch solche Versicherungen verstanden werden, welche contra bonos mores sind, ergiebt die unmittelbar vorausgehende Stelle [25]): „Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid." Darauf wird denn hinzugefügt: auch dann gelte es nicht, wenn es durch Eid bestätigt sey. Nun wird Niemand bezweifeln, daß die Beschränkung der Freiheit zu testiren von den Römern als etwas der guten Sitte Zuwiderlaufendes betrachtet worden sey, wie denn hieraus hauptsächlich auch das Verbot der Erbverträge abzuleiten ist [26]). Zwar sind diese gegenwärtig erlaubt,

ein dem Recht und der Sitte zuwider laufender Eid sey im Testamente als gar nicht vorhanden anzusehen. Dies so allgemein zu verstehen, wie es ausgesprochen ist, wird um so weniger Bedenken finden können, da es ohnehin ausser Zweifel ist, daß die Kaiser jede Beschränkung der Freiheit zu testiren als unverträglich mit der guten Sitte betrachteten (s. die Note 26). — S. auch *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2 u. vgl. E. C. Westphal hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. Bd. I. §. 297.

25) L. 112. §. 3. D. *de leg.* I.

26) Vgl. Hasse über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 2. Nr. 2. (im Rhein. Mus. Bd. II. S. 156 fgg.) — Hauptgrundsatz ist hier: Nemo sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate recedere ei non liceat (L. 22 pr. D. *de leg.* I.). So wie jede Einschränkung der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit durch Testament und Vertrag, so ist auch diese contra bonos mores, kann also auch, wie überhaupt alles Rechtswidrige, nicht durch eidliche

dies beweist aber nichts für das Wegfallen anderer specieller Folgerungen aus dem Grundsatz: auch die eidliche Versicherung mache Das nicht giltig, was der natürlichen Freiheit und der Sitte widerstreite. Wir dürfen vielmehr diese zum Ueberflusse auch durch das canonische Recht bestätigte[27]) Regel ohne alles Bedenken auf einseitige letztwillige Verfügungen nach wie vor anwenden; diese werden nicht nach den für Erbverträge geltenden Prinzipien, sondern nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt, mit dessen Reception denn auch die Regel: **nemo sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat** für uns Giltigkeit erhalten hat.

Indessen haben die Gegner sich noch auf eine Stelle aus dem achten Buche der Responsa von Papinian berufen, welche so lautet: „**Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione praestari rogaverat, quum testamentum nullo jure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi,** *nam supremae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur*[28]). Stryk folgert hieraus mit Anderen, daß eidliche Bestärkung allemal die Wirkung der Codizillarclausel habe[29]). Jedoch streitet man noch darüber:

Bestärkung giltig werden; L. 7. §. 16 D. *de pact.* L. 5 in f. C. *de legib.* (I. 14).

27) Reg. 58 *de reg. jur.* in VI.

28) L. 77. §. 23. D. *de leg.* II.

29) *Sam.* Stryk cautel. testam. Cap. XXIV. §. 21 in f. — S. auch Bartholin [illegible]

ob in der Stelle von dem Eide des Testirers, oder von dem des Erben die Rede sey[30]). Welche Ansichten man aber auch über den Sinn dieser Stelle haben möge, so ist doch gewiß, daß sie die Meinung von der derogirenden Kraft der einem Testamente beigefügten Eidesclausel nicht im Geringsten unterstützt. Sie handelt überhaupt nicht von einem Falle, wo auf eine frühere durch Eid bestätigte Disposition eine andere folgte, sondern es war bei der einen Verfügung geblieben; diese konnte wegen Mangels der gehörigen Form nicht als ein feierliches Testament bestehen, indessen war die nächste Intestaterbin

30) Eigentlich giebt es hierüber drei verschiedene Meinungen. Nach der einen hat der Testirer geschworen, daß der Erbe das Fideicommiß erfüllen solle, nach der zweiten soll der Erbe die Leistung beschwören (s. *Gl. Acc.* y ad h. l.), nach der dritten beschwört der Erblasser den Erben, daß er die ihm gemachte Auflage erfülle. Die erste Meinung paßt schon nicht zu den Worten („fideicommissa cum jurisjur. religione *praestari rogaverat*"); auch die zweite ist ohne eine höchst gezwungene Deutung der Worte nicht möglich. Die dritte dagegen ergiebt sich nicht nur ganz einfach aus den Worten, sondern auch der Zusammenhang der Gedanken stimmt viel besser damit überein. Ueberdies waren dergleichen Beschwörungsformeln gar nicht ungewöhnlich. S. z. B. L. 3 pr. D. *de jure fisci* (XLIX. 14). Hier ist von einem Testamente die Rede, in welchem sich folgende an die Erben gerichtete Bitte fand: „vos rogo, ut in eo, quod a vobis petii, fidem praestetis, *perque deum ut faciatis rogo.*" — Vgl. *Guido* Pancirolus in thesaur. variar. Lectionum Lib. II. cap. 72. *Em.* Soarez *a* Ribeira observ. jur. Lib. I. c. 8. (in Meermani thes. T. V. p. 570). L. Schrader ad Inst. §. 1 *de fideic. hered.* verb. *per ipsius salutem rogatus.*

darin eingesetzt und beschworen, gewisse Fideicommisse zu erfüllen. Allerdings hieng die Giltigkeit dieser Fideicommisse genau genommen von der des Testaments ab, da sie einen Theil desselben bildeten, und die Codizillarclausel fehlte [31]); aber einer Form für Codizillardispositionen bedurfte es zur Zeit der klassischen Juristen nicht, und da die dringende Bitte des Testirers sich zur Noth als Codizillarclausel betrachten ließ, welche ja ebenfalls nicht an bestimmte Formen gebunden war [32]), so ist Papinian der Meinung, daß die Mutter als Intestaterbin zur Erfüllung der Fideicommisse anzuhalten sey [33]). Auf

31) L. 1 D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7).

32) Vgl. L. 29. §. 1 D. *qui test. fac.* (XXVIII. 1). L. 13 D. *de inoff. test.* (V. 2). L. 88. §. 17 D. *de leg.* II. — Sie wird auch durch *verba fideicommissi*, oder *fideicommissorum verba* bezeichnet, da sie bewirkte, daß das Testament als Fideicommiß bestand. L. 29 pr. D. *qui test. fac.* L. 11. §. 1 D. *de leg.* III. Man sieht daraus, daß es auf den Ausdruck hiebei nicht ankam. Nur mußte der Testirer sich dahin geäussert haben, daß das Testament jedenfalls als Fideicommiß aufrecht erhalten werden sollte, und dies war eben in unserem Falle zweifelhaft. — Wenn übrigens in den beiden zuletzt angeführten Stellen gesagt wird: das Testament bestehe nicht, ungeachtet die fideicommissorum verba darin enthalten seien, so darf man nicht vergessen, daß hier von einem erst vorbereiteten Testamente die Rede ist („Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et *prius decedat quam testetur*, non valent quae scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat"); soll die Codicillarclausel wirken, so muß doch der Testirer selbst seine Erklärung für eine vollendete halten, oder seiner Absicht nach ein Testament wirklich schon gemacht haben.

33) S. Cujacius ad L. 77. §. 23 D. *de leg.* II. (ed. Nea-

die Eidesformel an sich betrachtet legt Papinian hier schwerlich das meiste Gewicht, sie dient ihm nur zum Beweise der entschiedenen Absicht des Testirers, daß die fideicommissarische Auflage unter allen Umständen erfüllt werden solle[34]). Eine andere Frage ist, wie diese Entscheidung sich zu der neueren Vorschrift über die Form der Codizille verhalte? Als sogenanntes fideicommissum onerato praesenti injunctum[35]) läßt sich die Anordnung des Testirers wohl nicht betrachten, da dem ganzen Zusammenhange nach anzunehmen ist, daß nicht nur die fideicommissarische Auflage selbst, sondern auch die Beschwörung des Erben in dem Testamente erfolgt sey. Am leichtesten ist es freilich, den Stein des Anstoßes durch Anwendung der Regel, daß der Constitutionen-Codex den Digesten vorgehe, ganz hinwegzuräumen, wobei dann aber eine Nachlässigkeit der Compilatoren, eine Vergessenheit der längst bekannten Vorschrift über die regelmäßige Form der Codizille vorausgesetzt werden müßte, was sich doch schwerlich glauben läßt. Man pflegt daher auch diese Entscheidung als Ausnahme von der neueren Regel zu behandeln, mithin anzunehmen, daß

pol. T. VII. p. 1256—1258.) (Mit Recht hebt Cujacius es besonders hervor, daß die Mutter hier die einzige Intestaterbin war; sonst hätte der Auftrag des Erblassers gar nicht als ein an den Intestaterben gerichteter ausgelegt werden können). — Vgl. auch die Accursische Glosse *successionis* zu dieser Stelle und *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2. Nr. 9.

34) „Nam *enixae voluntatis preces* ad omnem successionis speciem porrectae videbantur."

35) S. darüber L. ult. C. *de fideic.* (VI. 42) und meine doctr. Pand. Vol. III. §. 686. Note 4.

ein Eidschwur des Erblassers (oder des Erben, wie auch wohl gesagt wird) die Stelle der Codizillar-Form vertreten könne[36]). Nöthig ist dies aber nicht, ja ich halte diese Auslegung geradezu für falsch, indem sich aus dem Gesichtspuncte des neueren Rechts Alles ganz einfach dadurch erklärt, daß man sagt: der Testirer hat zwar ein solennes Testament beabsichtigt und die Codizillarclausel nicht mit ausdrücklichen Worten hinzugefügt, weshalb denn allerdings die Giltigkeit der Fideicommisse bezweifelt werden könnte; da er indessen den Wunsch der Erfüllung seiner einzigen Intestaterbin so dringend ans Herz gelegt hat, so läßt sich dies wohl als eine Erklärung der Giltigkeit des Testaments omni meliori modo (wie die älteren Practiker gerne sagten), m. a. W. als ausdrückliche Hinzufügung der Codizillarclausel ansehen und aufrecht erhalten[37]). Wie man aber auch den Sinn dieser Stelle und ihre jetzige Bedeutung bestimmen möge, soviel ist ausser Zweifel, daß sie unsere Frage überall nicht bewährt. Dadurch ist denn zugleich dargethan, daß es der Meinung von der derogirenden Kraft der Eidesclausel an allen haltbaren Gründen fehlt[38]), und es läßt sich auch

36) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Bd. II. §. 1364.

37) Man darf damit nicht die oben (Note 29) erwähnte Ansicht Stryk's, daß die eidliche Bestätigung des Testaments wie eine Codizillarclausel anzusehen sey, für völlig gleichgeltend halten. Vgl. oben Note 33. S. 199.

38) Mit Recht rügt A. Faber (a. a. O. Nr. 8 fgg.) es, daß Bartolus u. A. hier der clausula *omni meliori modo* (oder einer ihr gleichstehenden Erklärung) die Wirkungen der Derogatorclausel zuschreiben. Denn auch ein durch Codicillarclausel befestigtes Testament kann ja nichts destoweniger durch ein folgendes aufgehoben werden.

wohl annehmen, daß sie gegenwärtig wenigstens die meisten Stimmen wider sich habe[39]).

2) Sehr verschieden hievon ist die Frage: welche Wirkung es habe, wenn der Testirer bestimmt, sein gegenwärtiges Testament solle durch ein nachfolgendes nicht anders aufgehoben oder abgeändert werden können, als wenn es unter dieser oder jener Form errichtet, dieses oder jenes Merkmal darin anzutreffen wäre[40]). Gewiß läßt sich Vieles dafür sagen, daß dem folgenden Testamente die aufhebende Kraft abzusprechen sey, wenn dabei die im Voraus bestimmte Form nicht beobachtet ist, oder die angegebenen Merkmale fehlen, oder sich wenigstens jene Bestimmung in demselben nicht ausdrücklich aufgehoben findet. Denn hätte der Testirer z. B. in einem an sich zu Recht beständigen Testamente erklärt: dasselbe solle nicht anders gelten, als wenn es vor seinem Tode der Obrigkeit oder dem Richter überreicht wäre, so dürfte wohl kaum Jemand zweifeln, daß es auch nur unter dieser Bedingung gelten kann. Zwar läßt sich die bekannte Vorschrift: daß ohne Beobachtung einer verabre-

39) Ausser den bereits genannten Schriftstellern vertheidigt die hier ausgeführte Ansicht auch Voet in comment. ad Pand. *tit. de injusto, rupto irrito* testam. §. 10 und ausführlicher Wernher observat. for. T. I. P. I. obs. 205. Nr. 63 fgg. — Die Lehrbücher äussern sich selten über diesen Punct. Gegen die Wirksamkeit der clausula adjuratoria erklärt sich Hufeland Lehrb. des gem. Civilrechts Bd. II. §. 1297 a. Schluß; dafür Thibaut Pandektenrecht Bd. II. §. 976. Note 4. (d. 8. A.)

40) S. *Sam.* Stryk de cautel. testamentor. Cap. XXIV. §. 55. *Henr. de* Cocceji diss. cit. Cap. II. Nr. 119 u. Nr. 162 fgg.

deten Form der Vertrag völlig wirkungslos sey[41]), hierauf nicht geradezu anwenden, eben weil sie nur von Verträgen spricht. Allein es muß ja Jedem freistehen die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die von ihm ausgehenden Dispositionen nur für wirksam gehalten wissen will; gegen den Willen des Testators kann ein Testament nicht aufrecht erhalten werden[42]). Nur der Beweis dürfte dem Testamentserben wohl nachzulassen seyn, daß entweder der Testirer seine Erklärung wieder zurückgenommen habe, oder von ihrer Ausführung wider seinen Willen abgehalten worden sey, indem dieselbe doch immer nicht zum Wesen des Testamens gehörte. — Gesteht man nun aber dem Testirer überhaupt diese Befugniß zu, warum sollte er denn nicht auch in Beziehung auf künftig erst mögliche Dispositionen dergleichen Anordnungen wirksam treffen können? Man sollte denken, dies sey vielmehr zu begünstigen, indem hierin ein Fingerzeig liegen kann, er fürchte, daß er durch Sollicitationen zur Aenderung seines gegenwärtigen letzten Willens bestimmt werden möge[43]); in der That kann diesem durch eine solche Anordnung am besten entgegen gewirkt werden, vorausgesetzt, daß dieselbe den Erbschleichern unbekannt bleibt. — Nichts destoweniger heißt es im siebenten Buche der Institutionen des Marcianus: „Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti

41) L. 17 C. *de fide instrum.* (IV. 21).

42) Cocceji diss. cit. Cap. II. Nr. 117. 118.

43) C. Manzius, de test. valido et invalido Tit. XXII. Nr. 53. Voet ad Pand. tit. *de inj. etc. test.* §. 10.

fuerint; *nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant*" [44]). — Jemand errichtet ein Testament und bestätigt in demselben seine künftigen Codizille, jedoch unter der Bedingung, wenn dieselben von ihm besiegelt und eigenhändig unterschrieben seyn würden; dennoch, sagt Marcian, gelten die später errichteten Codizille auch ohne diese Form, da die letzte Willenserklärung der früheren allemal vorgeht.

Westphal findet hier nicht das geringste Bedenken. Er giebt den wörtlichen Inhalt der Stelle wieder, indem er nur noch bemerkt, sie zeige zugleich, daß die Codizille ehemals gar keine Feierlichkeit gehabt hätten [45]). Den besseren Auslegern ist sie aber von jeher recht zweifelhaft erschienen, zumal wegen anderer Stellen, welche die Erklärung im Testamente: es sollen spätere Vermächtnisse gar nicht, oder doch nicht alle gelten, für wirksam halten [46]). Von den verschiedenen Interpretationen [47]) mögen hier folgende erwähnt seyn. Nach der einen soll unterschieden werden zwischen der cl. derogatoria solennitatis und voluntatis. Von der letzteren sey in jenen Stellen die Rede, in der L. 6. §. 2 D. *de eod.* dagegen von der ersteren; da nun die Solennität oder Testamentsform juris publici sey, so müsse durch eine diesem gemäß errichtete neuere Disposition ohne Weiteres die frühere mit allen ihren Clauseln aufgehoben werden können [48]). Indessen fehlt es dieser Distinction an aller

44) L. 6. §. 2 D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7).

45) Von Vermächtnissen und Fideicommissen Bd. II. §. 1882.

46) L. 12. §. 3. L. 14 pr. D. *de leg.* I. L. 22 pr. D. *de leg.* III.

47) Mehrere derselben finden sich auch, wenn gleich nur kurz angedeutet, in der Accursischen Glosse zu dieser Stelle.

48) Diese Meinung einiger früheren Juristen (z. B. des Ol-

practischen Realität. Ob der Testirer bestimmt: es soll etwas überhaupt nicht gelten, oder: es soll nur unter dieser und jener Bedingung gelten, ist an sich gewiß einerlei. Am ersten könnte man noch sagen: die Form des Testaments ist durchaus unabhängig von dem Willen des Testators; er kann sie eben so wenig erweitern, als aufheben oder vermindern. Räumt man ihm aber die Befugniß ein, über die Form rechtsgiltige Anordnungen zu treffen (und dies dürfen wir wohl nicht bezweifeln), so gehören diese so gut wie die auf den Inhalt sich beziehenden zur quaestio voluntatis, beide können daher auch nur auf die nämliche Weise wieder aufgehoben werden[49]. — Andere stellen hier Alles wieder auf den Unterschied: ob die folgende Disposition in dem nämlichen Testamente oder in einer davon verschiedenen Willenserklärung erfolge; nur im ersten Falle sey eine ausdrückliche Aufhebung erforderlich, im letzteren verstehe sie sich allemal von selbst, und von einem solchen Falle spreche unsere Stelle[50]. Zur Widerlegung dieser Meinung darf

DRADUS, des ANDREAS *de* PISIS und JASON *de* MAYNO) referirt und billigt *Ulr.* ZASIUS ad h. l. Nr. 5. 6. (opp. ed. Frcf. T. II. p. 144).

49) *A.* FABER erklärt sich zwar gleichfalls gegen die oben referirte Ansicht, aber nicht, weil er sie geradezu für verwerflich hält (vielmehr mußte sie ihm, bei seiner Hinneigung zu scholastischen Subtilitäten vorzugsweise gefallen), sondern weil der Testator nicht gesagt hatte: Volo quod in codicillis meis requiratur ista solennitas, quod ego me subscribam et mea manu signem. Wäre dies gewesen, meint er mit BARTOLUS ad h. l., so würde der Unterschied gegründet seyn!

50) S. *Barth.* CHESII differ. jur. Cap. XXXI. Nr. 5 (in HEINECCII Jurisprudentia Romana et Att. T. II. p. 210).

ich mich aber wohl auf die obige Ausführung beziehen, daß, bei solchen testamentarischen Verfügungen wenigstens, welche als Bestandtheile des nämlichen letzten Willens im Rechtssinne zu betrachten sind, gar nichts darauf ankomme, wo und zu welcher Zeit sie ausgesprochen seien[51]. — Nach einer dritten Meinung bildet die Verfügung des Testirers: ich will, daß die von mir künftig angeordneten Vermächtnisse nicht gelten sollen, eine einzige mit der wirklich erfolgenden Anordnung von Vermächtnissen; beide bestehen als ein unzertrennliches Ganze, indem die erste ja überhaupt nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen kann, daß sich Vermächtnisse angeordnet finden. Wenn dagegen der Testirer ein Codicill oder Testament errichtet, ohne seine frühere Vorschrift dabei zu berücksichtigen, so hat er dadurch zu erkennen gegeben, daß er nicht nach jener Vorschrift verfügen wolle, diese mithin stillschweigend aufgehoben[52]. Indessen diese besonders von A. Faber mit aller Weitschweifigkeit und Spitzfindigkeit der Scholastik vorgetragene Argumentation liesse sich eben so gut umkehren; denn warum sollte man auch nicht sagen dürfen, daß die Vorschrift über die Form der Codizille nothwendig das Daseyn solcher Codizille voraussetze, die dann entweder gültig oder ungültig seien, je nachdem sie mit jener Vorschrift übereinstimmen, oder nicht! — Eine vierte Meinung geht davon aus, daß Marcian stillschweigend annehme, der Testirer habe seine Willensänderung auf irgend eine Weise an den Tag gelegt, oder die Bestimmung über die Form der späteren

51) S. oben S. 178 sqq.

52) A. Faber err. Pragmat. Dec. XXXVII. Err. 8 und besonders Err. 9. Nr. 2. auch Err. 10. Barth. Chesius ... Nr. 7 sqq.

Codizille wieder aufgehoben, der Jurist wolle also eigentlich nur sagen: davon abzugehen stehe jedenfalls in dem Belieben des Erblassers, da der zuletzt erklärte Wille dem früheren immer vorgehe[53]). Es ist nicht zu läugnen, daß diese Erklärung die Schwierigkeiten am einfachsten beseitigt und auch durch die Worte der Stelle nicht geradezu ausgeschlossen wird. Aber freilich lag es doch gar zu nahe, wenn Marcian dies wirklich meinte, es deutlich zu sagen, und überdies giebt es eine andere, sinnverwandte Stelle, welche noch vielweniger die Erklärung zuläßt, es sey eine ausdrückliche Willensänderung des Erblassers dabei zu subintelligiren. „**Scaevola Lib. IV. Resp.**[54]) **Testamento filium et uxorem suam heredes instituit; postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius ei donavit, et adjecit: se praecipua haec eum, suique juris, et post mortem suam habere velle. Quaero, quum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset**[55]), **id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an, quae epistola continentur, ad filium pertineant? Respondi:** ***si fidei***

53) S. hierüber besonders Voet ad h. t. §. 10.

54) L. ult. pr. D. *de leg.* II.

55) Statt *recepisset* wird auch reperisset, oder reperisti gelesen. *Jo. Guil.* Hoffmann in den Meletemata acad. ad Pand. Diss. XXVI. (ad Libros XXX.—XXXII. observationes variae) §. 11 in f. schlägt die Emendation vor: *praecepisset.* Indessen ist überall kein Grund vorhanden, die Florentinische Lesart zu ändern, wenn man das *recepisset* auf den Sohn bezieht, was sehr wohl angeht, da vorher von diesem die Rede ist. S. Cujacius ad h. l. in edit. Neapol. T. VII. p. 1292.

epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit." Der Testirer hatte in seinem Testamente erklärt, daß besiegelte Nachträge zu seinem Testamente als Codizille gelten sollten; nachher schenkt er dem Sohn das Peculium, worüber sich aber nur ein offenes Schreiben vorfindet. Dennoch erklärt Scävola diese Disposition für geltend, und verlangt ganz offenbar nur den Beweis der Aechtheit dieses Schreibens. Allenfalls ließe sich die Stelle so verstehen: der Testirer bestätigt besiegelte Nachträge zu seinem Testamente als Codizille, daraus folgt aber nicht, daß unbesiegelte überall nicht gelten sollen. Indessen liegt es gewiß viel näher anzunehmen, daß der Erblasser überhaupt nur die besiegelten Codizille gelten lassen wollte. Eher könnte man den Schenkungsbrief auf eine donatio inter vivos beziehen, wobei denn der Testirer nur erklärte: dem Sohn solle der Werth des Peculiums von seiner Miterbin nicht auf seinen Erbtheil angerechnet werden[56]). Doch gestehe ich, auch zu dieser Erklärung kein rechtes Vertrauen zu hegen, da Scävola in der L. 89 und in den vorausgehenden Stellen nur von Verfügungen auf den Todesfall spricht. Hiernach bleibt denn freilich nichts übrig, als den römischen Juristen die Meinung zuzuschreiben, daß eine Vorschrift des Testirers über die Form eines künftigen letzten Willens auf den Rechtsbe-

56) Einige Unterstützung erhält diese Ansicht dadurch, daß der Sohn hier als sui juris bezeichnet wird. Er konnte daher nicht blos eine wirksame inter vivos donatio vom Vater an ihn erfolgen, sondern die Ueberlassung des Peculiums an denselben ist bekanntlich sogar begünstigt, indem er es behält, wenn es ihm nur nicht genommen ist. L. 31. §. 2 D. *de donat.* (XXXIX. 5).

stand desselben überall keinen Einfluß habe; galt dies aber sogar für Codizille, die doch nur als ein Theil des früher errichteten Testaments anzusehen waren, so muß es natürlich noch viel mehr für ein nachfolgendes feierliches Testament gelten[57]).

Uebrigens wird von manchen Practikern, welche beide Stellen eben so verstehen, die Modification hinzugefügt: nur nach der stricta ratio juris sey das so; die Billigkeit und die Rücksicht auf den wahren Willen des Erblassers erfordere aber, daß man der folgenden Disposition nicht anders Gültigkeit zugestehe, als wenn der Testirer die Beschränkung wieder aufgehoben habe[58]). Diese Ansicht verdient wenigstens aus allgemeinen Gründen alle Begünstigung. Jedenfalls aber wird ein Testirer wohl thun, wenn er die Aufhebung der früheren Vorschrift wirklich beabsichtiget, dies durch eine allgemeine oder besondere Bestimmung in der späteren Disposition zu erklären; denn nur hiedurch kann er mit Sicherheit den Streitigkeiten vorbeugen, die bei den Meinungs-Verschiedenheiten und den Zweifeln, welche die Sache an sich hat, sonst unfehlbar entstehen werden[59]).

57) *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXXVII. Err. 9. Nr. 2.

58) S. *Casp.* Manzius de test. valido et invalido. Cap. XXII. Nr. 53. — S. auch Stryk de cautel. test. Cap. XXIV. §. 55 und die das. angef. Schriftsteller.

59) Vgl. oben S. 172. Note 86. — Man kann dies freilich auf alle mit Derogatorclauseln versehenen Testamente anwenden. Denn, ist gleich nach der richtigen Ansicht die ausdrückliche Aufhebung solcher Clauseln nicht erforderlich (s. oben Note 3 a. und den dazu gehörigen Text), da eine Verfügung, wie die hier zur Frage stehende, ihrer Natur nach durchaus verschieden ist von den eigentlichen Derogatorclauseln, so ist es doch der Meinungs-

II. Wir wenden uns jetzt zu der zweiten Frage: ob die Unwiderruflichkeit eines Testaments durch Vertrag begründet werden könne? Dies zu bejahen dürfte ganz unbedenklich seyn. Auf Stellen des römischen Rechts kann man die entgegenstehende Ansicht nicht stützen[60]), da diese auf das Genaueste mit dem römischen Verbot der Erbverträge zusammenhängen. Zwar ist hier nicht von einfachen Erbverträgen die Rede, sondern von Testamenten, welche durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden sollen, oben aber wurde bemerkt, daß mit dem römischen Testamentsrecht auch die Regel: **nemo sibi potest legem dicere, ne a priore voluntate recedere ei liceat** bei uns geltendes Recht geworden sey. Allein in der heutigen Anwendung darf

verschiedenheiten wegen rathsam, die Aufhebung hier ebenfalls nicht zu unterlassen. Vgl. *Ern. Lud.* MÜLLER diss. de test. conjug. recipr. mutabilitate (Goett. 1760). §. 22. In Frankreich wurden übrigens die Derogatorclauseln durch ein Edict v. J. 1735 ganz verboten; s. *Hyacinth.* GARNIER diss. de testamentor. revocat. Leod. 1830. Cap. I. p. 7.

60) Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen sich hier besonders auf L. 52. §. 9 D. *pro socio* (XVII. 2). L. 61 D. *de V. O.* (XLV. 1). L. 15 C. *de pact.* (so v. Wening-Ingenheim Lehrb. B. V. §. 106. Mejer in d. 4. Ausg. von Schweppe's röm. Recht Bd. V. §. 869. Not. 1), auch wohl auf L. 19 C. *de testam.* (VI. 23), z. B. GÜNTHER princ. jur. Rom. noviss. §. 791. Not. c. Doch mit gleichem Rechte hätte man auch L. 4 D. *de adim. vel transfer. leg.* u. viele andere Stellen hieher ziehen können. Denn daß nach röm. Rechte Unwiderruflichkeit letztwilliger Verfügungen und Erbverträge nicht anerkannt sind, ist ja eine bekannte Sache!

dieser Grundsatz nur auf einseitige Willenserklärung bezogen werden; sind Erbverträge überhaupt gestattet, so müssen sie auch in Beziehung auf Testamente, oder solche Dispositionen, welche die Form von Testamenten haben, erlaubt seyn. Will man diese Ansicht mit subtilen Gründen bekämpfen, so kann es daran begreiflich nicht fehlen. Indessen bei der Collision zweier so verschiedener Rechtsbegriffe, wie Testamente und Erbverträge, geht man am sichersten, sich an die einfachsten Regeln zu halten. Hiernach würden wir fragen: führt es etwa zu Verwirrungen oder unauflöslichen Widersprüchen, wenn man den Inhalt eines Testaments zum Gegenstande eines Vertrags macht? Ich wüßte nicht, welche Gründe man der verneinenden Beantwortung dieser Frage entgegenstellen könnte. Zwar liesse sich einwenden: dadurch höre das Testament auf, Testament zu seyn, und verwandle sich in einen wahren Vertrag. Hierauf würde man nun allenfalls erwiedern können: dies sey nur in Ansehung der Unwiderruflichkeit einer solchen Verfügung wahr, vom Testamente dagegen bleibe ihr nicht nur die Form der Willensäusserung, sondern auch der wesentliche Inhalt, was insofern von Bedeutung ist, als nun in jedem Falle der Erbe, mit dem ein solcher Vertrag eingegangen wird, auch in Ansehung der Verbindlichkeiten als ein wahrer Testamentserbe behandelt wird, wie man dies für den eigentlichen Vertragserben meistens nicht annimmt[61]. Wäre aber auch ein solcher Unterschied gar nicht vorhanden, so gelten doch nun einmal Erbverträge in Deutschland; eben so gut wie jede andere einseitig entworfene Disposition muß daher auch der Inhalt eines Testaments durch Vertrag bestätigt werden

61) Vgl. Hasse im rhein. Mus. Bd. II. S. 212 fg. Nr. 12.

können[62]). Der Name Testament thut hier nichts zur Sache, sondern nur der Wille des Erblassers kommt als wesentlich in Betracht. Es haben auch von jeher die meisten und gewichtigsten Stimmen die Zulässigkeit vertragsmäßig erklärter Unwiderruflichkeit eines Testaments angenommen[63]).

Subjecte dieses Vertrags nun sind der Erblasser und Derjenige, welcher ein rechtliches Interesse dabei hat, daß das Testament nicht aufgehoben werde. Meistens wird dies der Erbe selbst seyn[64]). Es kann aber der Vertrag vor Errichtung des Testaments eingegangen wer-

62) Denn so wie Verträge, wodurch die Unabänderlichkeit eines Testaments vereinbart wird, nur da möglich sind, wo Erbverträge anerkannt werden, so sind sie allerdings der Hauptsache nach als wahre Erbverträge zu betrachten (Kind quaestiones forenses P. I. Cap. 54. p. 392 fg. Note 9. d. 2. A.). Es können daher für sie auch keine Einschränkungen angenommen werden, welche nicht ebenfalls für Erbverträge gelten. — Daher versteht sich aber auch von selbst, daß, wenn für Erbverträge gewisse Formen vorgeschrieben sind, diese auch bei den pactis de non mutando vel revocando testamento beobachtet werden müssen; Kind l. l.

63) S. Mevius ad jus Lub. Lib. II. Tit. 1. Rubr. Nr. 107. *Ge. Ad.* Struve syst. jur. civil. Exerc. XXX. Th. 19 u. Exerc. XXXVIII. Th. 48. *Sam.* Stryk cautel. test. cap. XXIV. §. 15. 16. Id. in usu mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 3. §. 3. 4. Leyser med. ad Pand. Sp. 43. m. 6. 7 und Sp. 359. m. 8. 9.

64) Daß ein solcher Vertrag auch für Vermächtnißnehmer Wirksamkeit haben kann, wurde oben §. 1425 f. gezeigt. Wird er blos mit einem Vermächtnißnehmer eingegangen, so hat auch nur dieser ein Forderungsrecht, gleichwie aus einer Schenkung unter Lebenden, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkers geschehen soll.

den [65]), oder nach demselben, oder er kann auch neben und in Verbindung mit dem Testamente vorkommen. Die Zulässigkeit der letzteren Erklärungsart liesse sich allerdings bezweifeln, indem die erforderliche Einheit des Testamentsacts dagegen zu sprechen scheint, und in der That wüßte ich nicht, wie man diesen Zweifel beseitigen wollte, wenn wirklich während des Testamentsacts die Willenseinigung erfolgte [66]); falls man nicht etwa sagte: das Ganze gelte überhaupt nur Kraft des Vertrags, mithin in aller Beziehung als ein wahrer Erbvertrag. Indessen kann ja der Erbe (welcher freilich nicht mit zu den Zeugen gehören darf) die im Testamente ausgedrückte Unwiderruflichkeit nach der Testamentshandlung förmlich acceptiren, oder Erblasser und Erbe können sich unter der Testamentsurkunde hierüber einigen u. s. w. Auch ist

65) Bei den Römern galt die Stipulation: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? darum nicht, weil Erbverträge nicht gelten (L. 61 D. *de V. O.*). Hieraus folgt, daß ein Vertrag dieser Art, mithin auch ein solcher, wodurch ein Testament im Voraus für unwiderruflich erklärt wird, h. z. T. für rechtsbeständig gehalten werden muß. — Uebrigens kann der Vertrag: versprichst Du mich im Testamente zum Universalerben einzusetzen? an und für sich noch nicht als Erbvertrag angesehen werden, da es dem Vertrage an hinreichend genauer Bestimmung des Objects fehlt, ja es kann eben um deswillen überall keine Klage auf Erfüllung daraus entstehen, falls nicht eine Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung festgesetzt ist; arg. L. 94 u. 115 pr. D. *de V. O.* — Vgl. hiermit Hasse's Aufsatz über Erbvertrag u. s. w. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 206 fgg. Nr. 6—8.

66) S. L. 21. §. 3 D. *qui test. fac.* L. 28 pr. C. *de test.* (VI. 23). S. Bd. 34 d. Comment. §. 1414. S. 378 fg.

die in einem testamentum reciprocum von beiden Testatoren hinzugefügte Derogatorclausel als vertragsmäßige Einigung anzusehen, wie es denn überhaupt einer bestimmten Form dazu nicht bedarf, sobald nur kein Zweifel über die Willensmeinung entstehen kann[67]). Nur die Theorie, daß die s. g. pacta successoria mixta wie wahre Testamente einseitig aufgerufen werden dürfen[68]), könnte hier einiges Bedenken erregen; denn wir setzen hier eine letztwillige Verfügung voraus, welche alle Erfordernisse eines wahren Testaments hat, mithin auch als solches gelten kann. Indessen auch an den Orten, wo jene sonderbare Theorie in ihrer ganzen Ausdehnung gilt, hat sie doch nur die Bedeutung, daß im Zweifel Widerruflichkeit anzunehmen sey; dieser Zweifel fällt aber natürlich da weg, wo sich eine bestimmte Erklärung vom Gegentheile findet[69]).

67) Leyser med. ad Pand. Sp. 359. med. 9 fg. — Mehr hierüber wird bei der folgenden Ausführung (unter Nr. III.) vorkommen.

68) Bekanntlich versteht man darunter die Verträge, wodurch die Erbfolge, jedoch unter Beobachtung der bei Testamenten üblichen Förmlichkeiten zugesichert wird. Meistens erwähnt man diesen Begriff nur bei Eheverträgen und beschränkt ihn auch darauf (s. Bd. 25 d. Comment. §. 1247. S. 382. Nr. 2); indessen nimmt man denselben auch in der obigen allgemeineren Bedeutung. Man vgl. hierüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts. Von dieser allgemeineren Bedeutung ist oben bereits an mehreren Stellen die Rede gewesen. S. §. 1425 f.

69) S. Stryk succ. ab int. Diss. VIII. Cap. 5. §. 41. Wernher observat. for. Tom. II. P. II. obs. 451. Leyser med. ad Pand. Sp. 308. Hommel rhapsodiae quaestion. obs. 203. — Vgl. Bd. 25 d. Comment. §. 1248. S. 383 fg.

III. Was die dritte Frage anbelangt: können auch wechselseitige Testamente — s. g. testamenta reciproca — einseitig wieder aufgerufen werden? so ist nicht nur der Begriff und der Unterschied dieser Testamente von verwandten Geschäften bereits an einem andern Orte dieses Commentars entwickelt, sondern auch die hier aufgeworfene Frage selbst ihren wesentlichen Puncten nach erörtert [70]). Indessen findet sich daselbst die Versicherung: daß unsere Frage beim §. 1428 näher erörtert werden solle [71]), und dies Versprechen zu lösen halte ich mich um so mehr verpflichtet, da die Abhandlung von Hasse nunmehr vollständig erschienen ist und in wichtigen Puncten zu ganz anderen Resultaten führt, als die früher in dem Commentar vorgetragenen sind [72]).

Wir gehen hier von folgenden Sätzen aus, die jetzt wohl als feststehende betrachtet werden dürfen:

1) Wechselseitige Testamente sind keine Erbverträge, sondern wirkliche Testamente [73]), nur darin von der gewöhnlichen Regel abweichend, daß mehrere Testatoren

70) S. Bd. 35 des Comment. §. 1419 a. Nr. 2. S. 50—75.

71) S. das. S. 64.

72) Die zu dieser Streitfrage gehörige Literatur findet sich überhaupt bereits Bd. 35. §. 1419 a. S. 50. 51. Note 8 angegeben. Hinzuzufügen ist noch: *E. L.* Müller Diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate. Goett. 1760; und sodann der Schluß der Hasseschen Abhandlung vom wechselseitigen Testament, Testament bei Gütergemeinschaft, und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiß, im dritten Bande des Rhein. Mus. Heft 3. S. 490—551.

73) S. Bd. 35 d. Comment. S. 64—66 (Nr. 1).

gemeinschaftlich, d. h. durch einen Solennitätsact testiren und einander gegenseitig zu Erben einsetzen [74]).

74) Die neuere Doctrin hat die Lehre von den wechselseitigen Testamenten mit Begriffen und Kunstausdrücken überladen, die ganz offenbar nicht aus dem Leben hervorgegangen, sondern willkührlich gebildet sind, wie leider auch sonst häufig genug in unserer Rechtswissenschaft der Fall ist. So unterscheidet man testamenta simultanea oder mutua (auch wohl duplicia) und reciproca; die ersteren Ausdrücke bezieht man auf die Entstehungsart, den letzteren auf den Inhalt, m. a. W. ein test. simultaneum oder mutuum ist dasjenige, welches von Mehreren durch einen Solennitätsact errichtet ist, ein testamentum reciprocum, worin die Testatoren einander zu Erben eingesetzt haben. Beides kann miteinander verbunden seyn, es kann aber auch reciproke Testamente geben die nicht simultanea sind, und umgekehrt können Mehrere gemeinschaftlich testiren, ohne einander im Testamente weiter zu berücksichtigen. Ein Gleiches soll denn auch in Ansehung der correspectiven Testamente (s. davon die Nr. 2 im Texte) gelten. (Vgl. Harprecht diss. de testamentis correspectivis §. IV. Nr. 27 fgg. §. XXXIII. Nr. 319 fgg. Kreitmayr Anm. über den Cod. Maximil. Bavar. zu Th. III. Cap. IV. §. XXI. Nr. 2. Hofacker princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1360). Auch in einzelne Particularrechte sind diese Distinctionen eingedrungen (z. B. in den Cod. Max. Bav. Th. III. Cap. 4. §. 11), wahrscheinlich aber, wie so manche andere Schulbegriffe, ohne daß die Praxis davon sonderliche Notiz genommen hat. Unter der großen Menge wechselseitiger Testamente, die ich in Acten gesehen, oder habe publiziren hören, ist mir kein einziges vorgekommen, welches nicht durch eine Testamentshandlung errichtet oder mit gegenseitiger Erbeseinsetzung verknüpft gewesen wäre (Das Preuß. Landr. schreibt Ersteres als Bedingung der Giltigkeit solcher Testamente

2) Diese Testamente sind an sich unabhängig von einander, so daß das eine stehen und fallen kann (z. B.

vor., Th. II. Tit. 1. §. 483). Auch zeugt das Schwankende in der Anwendung und selbst in der Bezeichnung dieser Begriffe, wie wenig die Sache feststeht. Die meisten Schriftsteller wagen sich gar nicht bestimmt mit der Sprache heraus, sondern deuten nur entfernt an, daß die Eigenthümlichkeiten eines reciproken Testaments nicht durch einen gemeinschaftlichen Testamentsact bedingt seien; Andere setzen die test. duplicia oder simultanea den mutuis oder reciprocis entgegen, wie denn in der That diese beiden Ausdrücke auch kaum verschiedene Begriffe bezeichnen können (s. z. B. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landrecht Th. III. Tit. 7. §. 52. Bd. V. S. 190 fg.). Indessen auch von diesem Allen ganz abgesehen, glaube ich, daß sich der oben von mir angegebene Begriff als gemeinrechtlicher sehr wohl deduciren läßt. — Schwerlich würde sich ein besonderes Recht daraus entwickelt haben, daß Mehrere in verschiedenen Testamenten einander zu Erben einsetzen, sondern es konnte dies nur zu der Frage Veranlassung geben, ob nicht eine solche Erbeseinsetzung unter den Begriff der captatoriae heredis institutiones falle? (eine Frage, welche Papinian verneint, in der L. 70 D. *de hered. instit.*). Geschah dies aber in einem und demselben Testamente; so lag hierin eine Abweichung von der Regel, daß nicht mehrere Testamente durch einen Act errichtet werden dürfen. Eine Abweichung von diesem Grundsatz war längst anerkannt, nämlich die Möglichkeit einer Verbindung des eignen Testaments mit dem, welches ein Vater für sein unmündiges Kind errichtete, oder in dem Recht der Pupillarsubstitution; allein wie unverrückt man auch hierbei noch die Regel im Auge behielt, ergiebt sich aus der Aeusserung: es seien nur gewissermassen zwei Testamente, oder auch: unum est testamentum duarum causarum (Gaji Inst. II. §. 180 u.

wegen verletzten Notherbenrechts), ohne daß dies auf das andere von Einfluß ist. Vielfältig aber ist ausdrück-

§. 2 J. *de pupillari subst.*). Eine viel größere Entfernung von der Regel liegt aber darin, daß Mehrere in demselben Testamentsact ihren letzten Willen errichten; diese Anomalie, wenn man sie überhaupt zuließ, konnte nur dadurch gerechtfertiget erscheinen, daß die Testamente ihrem wesentlichen Inhalte nach mit einander in Verbindung standen. Ein solcher Fall wurde dem K. Valentinian III. zur Entscheidung vorgelegt, und er bestimmte, daß die aus gegenseitiger Zuneigung von den Testatoren in derselben Testamentsurkunde erfolgte reciproke Erbeseinsetzung giltig seyn sollte (Nov. 63 in juris civil. ante Justin. ed. Berol. p. 1320 sq. S. auch Bd. 35 d. Comment. S. 53). Diese Constitution ist nicht im Justinianischen Codex mit aufgenommen, man hat aber das Recht der wechselseitigen Testamente darauf hauptsächlich gebauet. Was man nun auch hier und dort daraus gemacht hat, so dürfen wir uns doch, wenn von der Construction eines gemeinrechtlichen Begriffs die Rede ist, an den bekannten Grundsatz halten, daß bei anomalischen Begriffen die möglichst geringe Abweichung von der bestehenden Rechtsregel angenommen werden muß (arg. L. 35 pr. C. *de inoff. test.*). Wenden wir dies hier an, so ergiebt sich, daß — woferne nicht Particularrechte das Gegentheil gestatten — a) mehrere Individuen nicht alle durch einen und denselben Testamentsact verschiedene, ihrem Inhalte nach in gar keiner Verbindung stehende Testamente errichten dürfen, indem dies die Regel ganz umkehren würde; eben so wenig aber auch b) mehrere durch ganz verschiedene Handlungen entstandene Testamente, wie auch ihr Inhalt beschaffen sey, mit einander in rechtliche Beziehung gesetzt werden können. Durch die gemeinschaftliche Errichtungsform wird es allerdings möglich, mehrere Testamente in gewisser Beziehung als ein einziges Rechtsgeschäft zu be-

lich bestimmt, oder nach den Umständen anzunehmen, daß dergleichen Testamente nur mit und neben einander bestehen sollen; alsdann nennt man sie correspective[75]).

Wenn nun also reciproke Testamente ihrem Wesen nach als verschiedene letzte Willensordnungen betrachtet werden müssen, so folgt von selbst die Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs derselben von Seiten ihrer Urheber. Diese wird auch durch die Correspectivität solcher Testamente nicht aufgehoben, wohl aber zieht die Aufrufung des einen Testaments die Ungiltigkeit des anderen nach

handeln, ohne völlige Vernichtung aller juristischen Prinzipien wird man aber zwei auch äusserlich von einander getrennte Willensacte nie zu einem Ganzen verbinden können. Uebrigens werden wir unten des Zusammenhangs wegen noch einmal auf die abgesondert errichteten s. g. correspectiven Testamente zurückkommen müssen. Auch bemerke ich, um nicht mißverstanden zu werden, daß das über die Einheit der Handlung bei eigentlich reciproken Testamenten hier Gesagte nur auf den Solennitätsact zu beziehen ist, nicht auf die Urkunde, welche den Inhalt des Testaments enthält (s. Griesinger a. a. O. S. 190. Note U); es kann daher jeder Testirer seinen Willen in einem besonderen Aufsatz erklärt haben, wenn nur der Solennisirungsact ein gemeinschaftlicher ist.

75) S. Bd. 35 d. Comment. S. 61—64. — Den Ausdruck correspectives Testament leitet man daher ab, „quod alter actus alterius respectu celebratus sit" (HARPRECHT de testam. corresp. §. II. Nr. 11 fgg.). Die Wirkung derselben wird, wenn auch nicht gerade mit den Worten, doch der Sache nach allenthalben so bestimmt, wie im Text geschehen ist. S. z. B. HARPRECHT l. l. §. IX. Nr. 78 sqq. HOFACKER princip. jur. civ. Rom. Germ. T. II, §. 1360. Nr. III. Thibaut Pandektenrecht §. 955. Hartitzsch Erbrecht §. 77.

sich, was bei den gewöhnlichen reciproken Testamenten nicht der Fall ist. Indessen wird von berühmten Juristen die Meinung vertheidigt, daß gegenseitige Testamente, wenigstens die correspectiven, überhaupt nicht einseitig aufgerufen werden dürfen[76]. So allgemein ausgedrückt fehlt es dieser Behauptung aber an allen haltbaren Gründen. Reciproke Testamente sind allerdings wahre Anomalieen; auch kann man gerne zugeben, daß der deutschrechtliche Gebrauch in Ehestiftungen zugleich das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten zu bestimmen und überhaupt das Recht der Erbverträge das Aufkommen solcher Testamente in Deutschland befördert habe[77]. Dies stempelt sie aber noch keineswegs zu wahren Erbverträgen[77 a], von denen sie auch in den Particularrechten sehr

76) Die Unwiderruflichkeit aller gegenseitigen Testamente behaupten z. B. *Jo. Sam.* STRYK Diss. de testamentis conjugum reciprocis §. 74 sq. v. Bülow und Hagemann in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. IV. Nr. XXXIX. W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zweiter Bd. §. 210 d. 2. A.; die der correspectiven STRUV Synt. jur. civil. Exerc. XXXII. Th. 43 u. Klein in den Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät Bd. I. Nr. 12.

77) Vgl. hierbei die Note 74, ferner Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 245 u. Bd. 35 d. Comment. S. 59.

77 a) Vgl. Hasse a. a. O. S. 260. Nr. 18. Zu den treffenden Bemerkungen Hasse's über die seltsame Logik mancher Juristen, welche in den gewöhnlichen Eingangsworten der reciproken Testamente: man habe sich entschlossen u. s. w. einen Vertrag finden, — bietet einen Beleg Klein in den Rechtssprüchen der Hallischen J. F. Bd. I. Nr. XII. S. 99 fgg.; wo es heißt: aus der Aeusserung,

bestimmt unterschieden zu werden pflegen[78]); gesteht man ihnen aber den Character von Testamenten zu, so erfordert die Consequenz, auch das Prinzip von der Widerruflichkeit einseitiger letzter Willensordnungen wenigstens als Regel hier anzuerkennen, wie denn dies von jeher auch die gemeine Meinung gewesen ist[79]).

die testirenden Ehegatten seien mit einander zu Rathe gegangen u. s. w. ergebe sich, daß ihr letzter Wille, wenn auch nicht die Form eines Vertrags habe, doch einen Vertrag voraussetze!

78) Z. B. im Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 7. §. 4. Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 4. §. 11. Nr. 7. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 1. §. 485. Oesterr. Gesetzbuch §. 1248. — Uebrigens beschränken die beiden zuletzt genannten Particularrechte das Recht, solche Testamente zu errichten, ausdrücklich auf Ehegatten (Preuß. Landr. Th. I. Tit. 12. §. 614. Th. II. Tit. 1. §. 482. Oesterr. Gesetzb. a. a. O.), in andern sind sie ganz verboten, z. B. im Lübschen Rechte B. II. Tit. 1. Art. 10.

79) Von der großen Zahl hiermit übereinstimmender Schriftstellern nenne ich nur Mevii decisiones P. IX. Dec. 148. u. comment. ad jus. Lub. P. II. Tit. I. Art. 10. Nr. 31 sqq. *Jo.* Voet in comment. ad Pand. tit. de inj. rupto irr. f. test. §. 11. Stryk in usu moderno Pand. h. t. §. 5. Leyser med. ad Pand. Sp. 359. m. 3 sqq. Müller Diss. de test. conj. recipr. mutabil. §. 14 sqq. *Mich. Godofr.* Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. §. 10. Müller obs. pract. ad Leyser T. III. obs. 632. A. D. Weber Erläuter. der Pand. n. Hellfeld Tit. V. Lib. XXVIII. §. 1444. (Bd. 2. S. 238). S. auch Bd. 35 d. Comment. S. 66 fg. Nr. 2, ferner gehört hauptsächlich hieher Hasse a. a. O., welcher durch die ganze angef. Abhandl. die einseitige Widerruflichkeit vertheidigt. — Auch die oben (Note 78) erwähnten Par-

Indessen leidet diese Regel gerade in Beziehung auf die gegenseitigen Testamente mehrere Beschränkungen, von denen die eine, da sie ganz allgemein für Testamente dieser Art gilt, hier erwähnt werden soll. Die Hinzufügung der derogatorischen Clausel hat nämlich, nach der consequenteren Meinung, die Wirkung eines Vertrags, wodurch ein Testament für unwiderruflich erklärt wird. Zwar fehlt es dieser Ansicht nicht an Gegnern [80]), und in der That scheint sie auf den ersten Anblick die Consequenz nicht für, sondern wider sich zu haben. Denn hält man sich lediglich daran, daß die gegenseitigen Testamente als selbstständige und von einander unabhängige bestehen, so erscheint allerdings der Schluß gerechtfertigt, daß die derogatorische Clausel hier nicht mehr wirken könne, wie bei den einfachen Testamenten. Allein die Möglich-

ticularrechte gestatten einseitigen Widerruf, wenn gleich zum Theil unter gewissen Beschränkungen.

80) Zu diesen gehören vorzüglich *Ulr.* Huber in Praelect. ad h. tit. Pand. §. 4 und Harprecht in der Diss. de test. correspectivis §. IX. (m. 78 sqq.) und §. XII. (Nr. 98 fgg.), auch in der Diss. de reciproci inter conjuges sed coacti testamenti revocatione Cap. I. §. IX sqq., welcher sogar behauptet, daß nicht einmal ein pactum de non revocando testamento wirksam sey! Auch Leyser med. ad Pand. Sp. 359. m. 9 gesteht dem pactum de non mutando testamento lediglich in Ansehung des vom Ueberlebenden herrührenden Vermögens eine Wirksamkeit zu. Allein dadurch spricht er demselben alle Wirkung ab, indem Das sich ganz von selbst versteht, daß der Ueberlebende einem Dritten nichts von dem entziehen kann, was ihm in Gemäßheit des test. recipr. aus dem Vermögen des Vorverstorbenen gebührt. Die unbedingte Widerruflichkeit vertheidigt auch Müller diss. cit. §. 13.

keit, die mehreren Testamente in einer Urkunde und durch einen Solennitätsact zu vollziehen, giebt der Sache doch eine etwas andere Wendung. — Ein einfaches Testament ist kein Geschäft, welches man mit einem Anderen schließt, m. a. W. es ist kein mehrseitiges, sondern nur ein einseitiges Rechtsgeschäft, und darum kann der eingesetzte Erbe auch durch die derogatorische Clausel kein Recht erhalten, welches ihm das Testament selbst nicht giebt. In einem reciproken Testamente dagegen liegt im Grunde das Versprechen gegenseitiger Erbeseinsetzung, nur kann dies Versprechen die Wirkung eines Vertrags in der Regel nicht haben, da im Zweifel anzunehmen ist, daß die Testatoren, indem sie diese Verfügungsart erwählten, es auch in Ansehung der Wirkung bei Dem bewenden lassen wollen, was das gesetzliche Testamentsrecht mit sich bringt. Würde aber das Versprechen der Erbeinsetzung von jedem Theile förmlich acceptirt, so dürfte man nicht zweifeln, daß jetzt auch vertragsmäßige Wirkung, also Unwiderruflichkeit der Verfügung eintrete, da eine solche Verbindung von Vertrags- und Testamentsrecht sogar bei einfachen Testamenten möglich ist. (S. oben Nr. II. S. 209 fgg.). Wenn nun beide Testatoren ihrer Disposition die Derogatorclausel hinzufügen, so haben wir hier einmal eine bestimmte, den oben erwähnten Zweifel ausschliessende Willenserklärung über die Wirkung der Disposition; es ist aber zweitens diese Erklärung in einem gemeinschaftlichen Rechtsact ausgesprochen, sie läßt sich mithin auch formell als eine Willenseinigung ansehen, wozu es ja einer bestimmten Form auch bei eigentlichen Verträgen nicht bedarf, sobald nur gegenseitige Einwilligung vorhanden ist. Legt man daher der Derogatorclausel bei reciproken Testamenten die Wir-

kung eines Vertrags bei, so bringt man nur die Regel zur Anwendung, daß wofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, ein Rechtsgeschäft allemal so auszulegen ist, daß es der Absicht seiner Urheber gemäß und zwar möglichst wirksam bestehe [81]).

Ist nun also ein Unwiderruflichkeitsvertrag oder was diesem gleichsteht dem Testamente nicht beigefügt, so kann jeder Theil seinen letzten Willen, wenigstens so lange Beide noch am Leben sind und keiner des Anderen Erbe geworden ist, ungehindert widerrufen. Sehr streitig ist es aber, ob dies auch alsdann noch geschehen darf, wenn der Ueberlebende bereits der Erbe des anderen Theils geworden ist und in dem Testamente Verfügungen zum Besten dritter Personen getroffen sind. Dies kann hauptsächlich auf dreifache Art geschehen: entweder ist der Ueberlebende mit bloßen Singularvermächtnissen belastet, oder es ist ihm ein Miterbe ernannt, oder es ist angeordnet, daß der gesammte Nachlaß nach dem Tode des Ueberlebenden an bestimmte dritte Personen (meistens beiderseitige Verwandte der Testirer) fallen solle. Die mancherlei bei diesen Anordnungen noch möglichen Modificationen [82]) übergehen wir, da die Prinzipien der Entscheidung immer dieselben bleiben, und überhaupt dürfen wir vorzugsweise nur den letzten und zugleich gewöhnlicheren Fall etwas näher betrachten.

81) L. 12 D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5). Vgl. *Paul.* VOET in comment. ad Tit. Inst. de test. ordin. Nr. 5.

82) Z. B. der Ueberlebende und ein Dritter werden zu Miterben ernannt, der Erstere wird diesem zugleich substituirt, sein Recht aber auf einen Niesbrauch an dem ganzen Vermögen eingeschränkt, indem das Ganze dereinst die beiderseitigen Intestaterben der Testirer erhalten sollen; s. den Fall bei Leyser Sp. 359. med. 11.

Also A. und B. setzen einander zu Erben ein, mit der Bestimmung, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach des Letztlebenden Tode gewissen im Testamente genannten oder bezeichneten Personen zufallen solle [83]). Man könnte nun diese Disposition juristisch etwa auf folgende Art auslegen: die Notherben sind dem Vorverstorbenen direct, dem Ueberlebenden fideicommissarisch substituirt, m. a. W. sie beerben den Ueberlebenden in Ansehung dessen eignen Nachlasses direct, da der von ihm eingesetzte Vorverstorbene nicht hat Erbe werden können, diesen beerben sie fideicommissarisch, da der Ueberlebende dessen Erbe ge-

83) Bisweilen haben die Testirer nur das endliche Ziel ihrer Disposition vor Augen, die gegenseitige Erbeseinsetzung aber wird nicht bestimmt ausgedrückt, immer aber doch als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, was, wenn über die Willensmeinung des Testirers kein Zweifel entstehen kann, nach neuerem Rechte einer wirklichen Erbeseinsetzung gleich zu achten ist. So namentlich in dem von Klein (Hall. Rechtssprüche I. Nr. 12) referirten Falle, wo es in dem Testamente nur hieß: „zu unserer alleinigen und wahren Erbin setzen wir die NN. hiermit dergestalt ein, daß sie nach unserm beiderseitigen Abscheiden unsere dereinstige ganze Verlassenschaft — — — in Empfang und Besitz nehmen soll." Ferner gehören hieher die zahlreichen Fälle, wo dem Ueberlebenden nur der Niesbrauch zugewandt wird (s. einen solchen Fall bei de Canngiesser decision. Supr. Trib. app. Hasso-Cassel. T. I. Nr. 43.). Die bekannten Streitigkeiten darüber, ob ein solcher Nutzniesser überhaupt für einen wahren Erben zu achten sey? (s. Bd. IX. d. Comment. §. 632. S. 185 fgg. und unten §. 1441) können hier auf sich beruhen bleiben, da sie auf die Entscheidung unserer Frage von keinem wesentlichen Einflusse sind.

worden ist[84]). Wäre dies nun wirklich die Willensmeinung der Disponenten, so würde die Entscheidung sehr einfach seyn. Ueber sein eignes Vermögen dürfte der Letztlebende anderweitig frei verfügen, sowohl durch Geschäfte auf den Todesfall, wie unter Lebenden, und nur in Beziehung auf den Nachlaß des zuerst Verstorbenen wäre er denselben Dispositionsbeschränkungen unterworfen, wie jeder andere Fiduciarerbe. Es kommt nun freilich immer darauf an, wie die Verfügung lautet, und was die Testirer beabsichtigten[85]). Allein im Zweifel ist doch wohl anzunehmen, daß jeder Theil darauf rechnete, der Andere werde es bei dieser Disposition bewenden lassen; soll also lediglich die Absicht der Disponenten hier entscheiden, so ist eine Auslegung gewiß nicht zu begünstigen, wonach Einer des Andern Erbe werden, über sein eignes Vermögen aber frei verfügen kann[86]). Dies ist

84) Vgl. Hasse a. a. O. S. 262. Not. 23 und S. 269 fg. Nr. 25.

85) „De interpretatione voluntatis omnis quaestio est, et in ea ita versandum, ut non temere sententiam dicamus, nisi conjunctis et consultis omnibus, quae ubique in testamento occurrunt;“ ferner: „Largior, voluntatem conjugum in ejusmodi testamento utramque paginam facere“ sagt *Corn.* v. Bynkershoek in den quaest. jur. privati Lib. III. Cap. 10 in f. (opp. T. II. p. 364 b. u. 366 b.), wobei er jedoch ebenfalls bemerkt, es sey im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Testirer sich ihr beiderseitiges Vermögen als getrennte Massen gedacht hätten.

86) Hasse a. a. O. S. 270. — In sehr vielen Fällen tritt nun noch der Umstand hinzu, daß die Testirer dem Ueberlebenden die Bestellung einer Caution und die Errichtung eines Inventars erlassen, oder geradezu ihm volle Ver-

denn auch im Ganzen als die allgemeine Meinung unserer Juristen anzusehen, d. h. man nimmt an, es sey an sich quaestio facti, was dermaleinst zu restituiren, und nach welchem Zeitpunct das zu restituirende Vermögen zu berechnen sey; es könne dabei auch die Todeszeit des Vorverstorbenen oder die Zeit der Testamentserrichtung als Norm bestimmt seyn [87]). Laute aber die Verfügung so allgemein, wie oben angenommen wurde, so müßten beide Erbmassen als ein Ganzes gedacht und die Bestandtheile dieses Ganzen nach der Todeszeit des Letztlebenden bestimmt werden, weshalb denn auch der von diesem gemachte neue Erwerb, aus welchem Grunde derselbe sich auch ereigne, dazu gehöre [88]). Darum wird

fügungsfreiheit gestatten. Hierauf nimmt Hasse besondere Rücksicht. Indessen ist dies überall nicht nöthig, um die im Texte angenommene Voraussetzung für begründet halten zu dürfen.

87) S. Bd. 35 d. Comment. S. 73.

88) S. Hasse a. a. O. S. 274 und Bd. 35 des Comment. S. 74. — In den Gerichten wird freilich nicht selten behauptet, daß in der Regel auf die Todeszeit des Erstverstorbenen gesehen werden müsse; indessen den dafür angeführten Gründen sieht man es bald an, daß sie lediglich der Rücksicht auf individuelle Vortheile oder Nachtheile ihre Entstehung verdanken. Wenn z. B. Mann und Frau in einem reciproken Testamente ihre beiderseitigen Intestaterben zu endlichen Erben ihres Nachlasses einsetzen, und der Frau als dem überlebenden Theile bedeutende Erbschaften oder Vermächtnisse anfallen, so werden deren Erben es gewöhnlich für unbillig erklären, daß sie mit den Erben des Mannes den Gesammtnachlaß gleichmäßig theilen sollen. Aber was man von dergleichen Billigkeitsgründen zu halten habe, ergiebt sich am

denn auch allgemein — und zwar mit Recht — angenommen, in Fällen dieser Art verstehe sich die Correspectivität des Testaments ganz von selbst, d. h. die Rücksicht, welche jeder Theil auf die Disposition des Anderen genommen habe, sey hier so überwiegend, daß die Verfügung entweder nur so, wie sie ausgesprochen worden, oder gar nicht bestehen könne[89]).

Inwieferne wird es nun aber möglich, daß die Testirer über ihr beiderseitiges Vermögen verfügen können, (also Jeder über das seinige und zugleich über des Anderen Vermögen) und welche Wirkung hat eine solche Verfügung? Beides wird sehr verschieden beantwortet. Corn. v. Bynkershoek sucht die Sache aus dem Gesichtspunct einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Nacherben des Vorverstorbenen zu erklären. Aus der Fortdauer der Gütergemeinschaft soll denn folgen, daß auch der Erwerb des Ueberlebenden nach wie vor zum Vermögenscomplex gehöre, worauf der

leichtesten, wenn man die Sache umkehrt; z. B. annimmt, daß durch Unglücksfälle, oder Schuld der Frau das Vermögen sich nach dem Tode des Mannes bedeutend vermindert habe. „Cum ambo testarentur, incertum, quis primum moreretur, incertum forte, utri major successionis spes affulgeret, et propter illam incertitudinem aequius melius visum est, jure reciprocationis ad usque mortem superstitis omnia invicem communicatum iri," — heißt es bei Bynkershoek l. l. (Quaest. jur. priv. L. III. c. 10), wo sich auch mehrere lehrreiche Rechtsfälle angeführt finden.

89) Vgl. Harprecht Diss. de test. correspectivis §. XXI. Nr. 223 sqq. §. L. sqq. Hasse a. a. O. S. 271. Bd. 35 d. Comment. S. 62 fg. Nr. a. u. die das. Note 28 angeführten Schriftsteller.

Nacherbe einen Anspruch habe, zugleich aber, daß der Letztlebende über die Hälfte des Ganzen frei verfügen dürfe; die andere Hälfte verbleibe dagegen den Nacherben, und könne ihnen weder durch Geschäfte unter Lebenden noch auf den Todesfall entzogen werden. Den Einwurf: daß ja eine Societät mit dem Tode eines Genossen aufhöre, sucht er durch die Bemerkung zu beseitigen: dies gelte nur von der römischen societas, nicht aber von der ehelichen Gütergemeinschaft, wie sie sich bei den neueren Völkern finde; den noch wichtigeren Einwurf aber: daß dabei doch allemal eine unter den Testirern Statt findende Gütergemeinschaft vorausgesetzt werde, fertigt er ganz kurz ab, indem er sagt: die testamentarische Disposition lasse doch eine andere Deutung einmal nicht zu, und er sehe nicht ein, weshalb die Testirer gehindert seyn sollten, ein solches Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den Nacherben zu begründen [90]). Gegen diese Theorie streiten aber alle möglichen Gründe. Wir wollen ganz unberücksichtigt lassen, daß hierbei immer reciproke Testamente unter Ehegatten vorausgesetzt werden, da sie doch auch unter anderen Individuen vorkommen können, — und nur Folgendes in Erwägung ziehen. Einmal, das Recht der gesetzlichen communio bonorum prorogata ist hier überhaupt nicht anwendbar, da es nur auf Kinder geht, deren Eltern mit einander in Gütergemeinschaft gelebt haben [91]); wäre aber dies

90) Quaest. jur. priv. L. III. c. 10. (opp. T. II. p. 365 u. 366 b). — Uebrigens scheint auch Pufendorf obs. jur. univ. T. IV. obs. 53. diese Ansicht zu billigen.

91) S. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. §. 309. Nr. II. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 354.

auch nicht der Fall, so muß man doch entweder den künftigen Erwerb ganz ausschliessen, oder sämmtlichen Theilnehmern an der Gütergemeinschaft gleiches Recht zugestehen, also nicht blos dem Eintretenden ein Recht auf den künftigen Erwerb des Ueberlebenden geben[92]). Genug, man kommt hier auf ein ganz anderes Resultat, als das von Bynkershoek angenommene und von den Testirern offenbar nur gewollte ist. Sodann aber ist es im höchsten Grade willkührlich, auf diese Weise die rechtliche Möglichkeit einer testamentarischen Verfügung über das Vermögen eines Anderen erklären zu wollen. Ist sie überhaupt vorhanden, so bedarf sie einer so gesuchten Grundlage nicht, im entgegengesetzten Falle aber kann eine solche Verfügung dadurch weder begründet noch gerechtfertigt werden, daß die Fortsetzung eines Verhältnisses gewollt wird, welches entweder nie existirte, oder mit dem Tode von selbst wieder aufhörte! Allerdings kann auch das in Gütergemeinschaft befangene Vermögen Gegenstand testamentarischer Verfügung werden, allein nur so, daß jeder Mitgenosse über seinen ideellen Theil disponirt, worin er durch die Statt findende Gütergemeinschaft nicht beschränkt wird[93]). Und selbst ein wech-

92) Die Ansichten der Germanisten sind hierüber freilich eben so verschieden (m. vgl. Eichhorn a. a. O. §. 309 a. E. Mittermaier §. 354. Nr. III. u. VIII. Maurenbrecher Lehrb. des d. Privatr. §. 496. Nr. 1. 3—5), als die Bestimmungen der Particularrechte. Allein im Zweifel muß man sich hier an das halten, was die Consequenz mit sich bringt, nicht aber darf man die Bestimmung dieses oder jenes particularen Rechts für gemeines Recht ausgeben, wie dies freilich häufig genug geschieht.

93) So bestimmt es das römische Recht (s. L. 1 C. *qui test. fac.* VI. 22; woselbst der Kaiser Gordian rescribirt:

seitiges Testament von Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, ändert hierin wesentlich nichts. Mag man dabei ideelle Theile annehmen, oder sich die Ehegatten als eine juristische Person denken, — wird über das gemeinschaftliche Vermögen disponirt, so kann hier immer doch nur das Vermögen, welches bei Auflösung der Gütergemeinschaft vorhanden war, Gegenstand der Verfügung seyn, nicht aber auch der künftige Erwerb des Ueberlebenden[94]). Also auch eine unter den Testirern

„Quamquam omnium bonorum socer tuus itemque frater ejus socii fuerint, tamen non eo minus idem frater ejus, quum fati munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere, quem vellet. Item non idcirco minus is testamentifactionem habet, quod indivisam successionem cum sorore sua dicatur habuisse"); und das Nämliche gilt bei der h. z. T. geltenden ehelichen Gütergemeinschaft. Vgl. Mittermaier Grundsätze d. d. Privatr. §. 351. Nr. III. Maurenbrecher Lehrb. §. 493. Note 9. Hasse in der a. Abhandl. S. 492 fg. Nr. 34.

94) Vgl. Hasse a. a. O. S. 491 fg. Nr. 33. — Nur beiläufig mag hier die Frage berührt seyn: ob der überlebende Ehegatte die zum Besten Dritter getroffene Verfügung für seinen Antheil wieder aufheben kann? Hasse betrachtet das beim Tode des einen Ehegatten vorhandene Gesammtvermögen als den Nachlaß einer juristischen Person, und da eine solche testamentarisch verfügt habe, durch den Tod des Einen aber aufgelöst sey, so glaubt er, daß das Ganze dem Nacherben gebühre, — vorausgesetzt nämlich, daß die beim Tode des Vorverstorbenen vorhandene Gesammtmasse auch wirklich als Object der künftigen Restitution in dem Testamente bezeichnet sey. Ich bekenne, mich mit der Idee, daß eine juristische Person als solche testiren und beerbt werden könne, über-

Statt findende Gütergemeinschaft rechtfertigt solche Verfügungen, wovon hier die Rede ist, nicht, weshalb sich denn Bynkershoek auch genöthigt sah, zu der unglücklichen Hypothese einer durch das Testament prorogirten Gütergemeinschaft seine Zuflucht zu nehmen. In dem Gefühl der Unzulänglichkeit dieser Hypothese giebt er daher selbst zu, daß man die obige Verfügung sich auch als ein auf den beiderseitigen Nachlaß gelegtes Universalfideicommiß denken dürfe, wobei denn der Erbschaftsantritt den Ueberlebenden verpflichte, sich die Disposition bis auf die Hälfte des Gesammtnachlasses gefallen zu lassen[95]). Indessen ist hierin wiederum gar keine Con-

haupt nicht recht befreunden zu können. Gesteht man nun aber vollends (wie dies doch auch von Hasse geschieht) jedem der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten das Recht zu, für sich ein Testament zu errichten, so kann auch ein wechselseitiges Testament derselben nur die gewöhnlichen Wirkungen äussern. Folglich ist die Entscheidung der obigen Frage von denselben Grundsätzen abhängig, welche überhaupt für das Verhältniß gelten, dessen Erörterung uns hier beschäftigt. Consequenter erscheint mir daher die Meinung Harprechts (welcher, wie auch Hasse, annimmt, daß die Verfügung des Vorverstorbenen den Ueberlebenden nicht binde, soweit sie dessen eignes Vermögen betrifft), daß der überlebende Ehegatte über den bei Auflösung der Gütergemeinschaft ihm zufallenden Antheil anderweitig verfügen dürfe, in der Dissert. de reciproci testamenti inter conjuges revocatione. Cap. I. §. XIV.

95) l. l. in f. „Si autem omnino velis, ejusmodi testamentum incidere in causam fideicommissi — —, nescio, an adhuc res salva sit; sic enim diceres, superstitem ex aditione hereditatis primum defuncti, atque adeo ex quasi contractu obligatum esse se-

sequenz zu erblicken. Hat die Erbschaftsantretung die Wirkung, daß der Ueberlebende die Verfügung, auch so weit sie sein eignes Vermögen betrifft, gelten lassen muß, so ist er genöthigt, sie vollständig anzuerkennen; wo nicht, so kann sie ihn auch nur für den Theil binden, welcher aus des Vorverstorbenen Vermögen auf ihn gekommen ist.

In der That drückt man wohl die Absicht der Testirer am richtigsten aus, wenn man die Verfügung für ein Universal-Fideicommiß erklärt, womit das beiderseitige Vermögen zum Besten der Nacherben belastet ist; diese Ansicht der Sache läßt sich auch als die gewöhnliche betrachten[96]). Damit ist aber die Frage noch nicht

missem communis patrimonii, quod ipse relicturus esset, restituere heredibus conjugis praedefuncti." So ungefähr stellen sich auch die Sache vor: Hommel Rhapsod. quaest. obs. 659. Nr. 6 fgg. u. a. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. Nr. XVI.

96) Die meisten Schriftsteller, welche unsere Frage behandeln, sprechen die obige Ansicht entweder ausdrücklich aus, oder setzen sie als sich von selbst verstehend voraus. Vgl. Bd. 35 des Comment. S. 68 fgg. Nr. 4. — Nach einer besonders bei französischen und belgischen Schriftstellern sich findenden Meinung, soll das ganze Geschäft als eine mortis causa donatio betrachtet werden. Man könne auch fremdes Gut mit des Eigners Willen mortis causa verschenken, ferner sey es erlaubt, sowohl auf den Tod des Anderen, als auf den eignen des Schenkers eine solche Schenkung zu stellen. Daraus wird denn die Folgerung abgeleitet, daß durch den Tod auch nur des einen Theils das ganze Geschäft ein unwiderrufliches werde, — denn Der, welcher auf den Todesfall des Letztlebenden sowohl dessen Vermögen, als auch sein eignes giltig verschenkt hat, existirt nicht mehr, kann mithin keinen

beantwortet: welche Wirkung hat eine solche Verfügung, — sind dadurch dem Ueberlebenden die Hände gebunden, oder kann er über sein eignes Vermögen nach wie vor disponiren?

Mit Uebergehung der Mittelmeinungen (zu denen auch die vorhin referirte Bynkershoek'sche gehört) sollen hier nur die beiden Hauptansichten erwogen werden. Nach der einen behält der Ueberlebende freies Dispositionsrecht über sein eignes Vermögen und muß nur das von dem Vorverstorbenen auf ihn gekommene zurückgeben; nach der zweiten ist er die Verfügung ihrem ganzen Inhalte nach zu erfüllen schuldig, — versteht sich, wenn er durch Erbschaftsantretung dieselbe anerkannt hat; denn man darf nicht vergessen, daß hier nicht mehr von unbedingter Unwiderruflichkeit reciproker Testamente die Rede ist, sondern nach der oben festgestellten Meinung beim Leben beider Theile und bis zum Erbschaftserwerb eine Zurücknahme der eignen Disposition Jedem frei steht. Wenn daher der Ueberlebende anderweitig verfügt, so muß er zwar auch nach der ersten Ansicht alles aus dem Vermögen des Vorverstorbenen Erhaltene mit den Früchten restituiren, wie wenn er dessen Erbe nie geworden wäre; im Uebrigen besteht aber seine Verfügung als eine vollkommen rechtsgiltige, wogegen dieselbe nach der zweiten Meinung überall nicht gelten kann.

Als Vertheidiger der ersten Meinung mögen hier hauptsächlich Harprecht[97]) und Hasse[98]) genannt

Widerruf ausüben. — Hierüber s. Hasse's angef. Abh. S. 494 fgg. Nr. 36—40.

97) Diss. de testamentis correspectivis §. XXXI sqq. u. Diss. de reciproci inter conjuges testamenti revocatione Cap. I. §. XI.

seyn [99]). Gründe für diese Meinung sind besonders, daß Niemand für einen Andern ein Testament machen, noch sich selbst durch Testament in Ansehung künftiger Dispositionen die Hände binden könne [100]). Da nun aber das Testament ein correspectives ist, so kann es begreiflich auch nicht für denjenigen gelten, welcher seinen früher erklärten Willen nicht mehr bestehen lassen will. Gilt nun aber die das Vermögen des Vorverstorbenen betreffende Verfügung noch zum Besten der in dem Testamente ernannten Nacherben, oder tritt in Ansehung dieses Vermögens reine Intestaterbfolge ein? Letzteres bejahen die beiden vorhin genannten Rechtslehrer; die Correspectivität habe die Wirkung einer Resolutivbedingung für die Verfügung des Vorverstorbenen, wenn der Ueberlebende seiner Seits das Testament nicht gelten lassen wolle [1]). Nur darin weichen Beide von einander ab, daß Hasse die Ungiltigkeit des Testaments erst eintreten lassen will, wenn sich beim Tode des Letztlebenden ein der ersten Verfügung widersprechender letzter Wille findet [2]), wogegen Harprecht die Auflö-

98) Hasse in der angef. Abhandl. S. 269 fgg. Nr. 25 und S. 490 bis zu Ende der Abhandl.

99) Vgl. auch Müller diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate §. 17. 18 u. die oben Bd. 35 des Comment. S. 71. Note 47. 48 angef. Schriftsteller.

100) Auf besondere Gründe von Hasse, wodurch er übrigens mehr die entgegengesetzte Ansicht zu widerlegen, als die seinige zu begründen bemüht ist, wird weiter unten noch genauere Rücksicht genommen werden.

1) So ungefähr drückt Hasse sich aus a. a. O. Nr. 25 a. E. S. 271.

2) „Denn ein inzwischen errichtetes Testament kann ja noch wieder aufgehoben, und das alte Testament kann wieder hergestellt werden;" a. a. O. S. 270.

fang des Testaments sofort mit dem Augenblick des Widerrufs oder einer anderen letztwilligen Disposition eintreten läßt[3]), was gewiß consequenter ist, indem das einmal vernichtete Testament nicht hinterher wieder aufleben kann[4]). — Andere sind der Meinung, daß das Testament, soweit es des Vorverstorbenen Vermögen betrifft, zum Besten der ernannten Nacherben gültig bleibe, da es durch die Erbschaftsantretung schon in Wirksamkeit getreten sey, folglich hinterher nicht wieder vernichtet werden könne[5]). Dieser Grund würde aber mehr beweisen, als daraus bewiesen werden soll, indem nicht abzusehen ist, weshalb alsdann das Testament nur zum Theil seine Wirkung behalten; aus der Correspectivität der beiderseitigen Verfügungen folgt mit Nothwendigkeit, daß sie entweder neben einander bestehen, oder beide wegfallen müssen. Ausserdem aber würde hier in den meisten Fällen ein Resultat zum Vorschein kommen, welches gewiß nicht mit den Absichten des Vorverstorbenen übereinstimmt. Gewöhnlich werden nämlich die nächsten Freunde oder Verwandte beider Testirer zu Nacherben ernannt; der Mann würde schwerlich die Verwandten der

3) Harprecht diss. cit. §. 38.

4) Zwar giebt es Fälle, in welchen ein ungültig gewordenes Testament wieder hergestellt wird; allein diese setzen ja immer voraus, daß der Urheber des Testaments noch am Leben ist (s. z. B. L. 11. §. 2 D. *de Bon. poss. sec. tab.* XXXVII. 11. L. 12. §. 1 D. h. t.), wogegen hier der eine Urheber desselben schon gar nicht mehr existirte, als der Widerruf erfolgte.

5) S. Mevius comment. ad jus Lub. ad Lib. II. Tit. 1. Art. 10. Nr. 34 sqq. und in den decisiones P. IX. dec. 148.

Frau berücksichtigt haben, wenn diese nicht auch die seinigen berücksichtigte, und umgekehrt. Sollte nun die nach des Mannes Tode erfolgende Willensänderung der Frau die Wirkung haben, daß mit Ausschluß ihrer die sämmtlichen Nacherben, also auch ihre Verwandte des Mannes Vermögen erhielten, so würde dies der Absicht des Vorverstorbenen sicher nicht entsprechen, indem nicht anzunehmen ist, daß dieser den Seinigen Nachtheil entziehen und fremden Personen zuwenden wollte, sondern vielmehr, daß er im Vertrauen auf die Verwirklichung der zum Besten seiner Verwandten von der Frau gemachten Verfügung so gehandelt habe. Dieser nämliche Grund wird bisweilen auch der ersten Meinung entgegengesetzt werden können. Denn nicht immer sind es die nächsten Intestaterben, welche man in wechselseitigen Testamenten berücksichtigt. Wo dies nun nicht geschehen ist, würde in Folge der von dem Ueberlebenden geschehenen Aufrufung die Intestaterbfolge offenbar ganz gegen den Willen des Vorverstorbenen eintreten. Die Erwägung dieser Gründe hat denn noch eine dritte, soviel ich weiß aber sehr isolirt dastehende Meinung veranlaßt. Hiernach sollen nämlich die Verwandte oder Freunde des Vorverstorbenen dessen ganzes Vermögen erhalten, der Ueberlebende und dessen Verwandte aber leer ausgehen [6]). Vorausgesetzt aber, daß, wie hier angenommen wird, die Nacherben in das gesammte beiderseitige Vermögen eingesetzt sind, wüßte ich in der That nicht, wie sich diese Meinung juristisch rechtfertigen liesse. Denn daß man sagt:

6) Griesinger im Commentar zum Wirtemb. Landrecht Th. III. Tit. VII. Bd. V. §. 56. S. 203 fgg., wo diese Ansicht mit eben so großer Selbstgefälligkeit als ermüdender Breite entwickelt ist.

der Vorverstorbene habe die eignen Verwandten unbedingt, die fremden unter der Bedingung eingesetzt, daß der andere Theil es bei der Disposition lassen werde [7]), ist doch gar zu willkührlich; eine aus vermuthlichen Beweggründen hergeleitete Schlußfolgerung kann unmöglich einer wahren Bedingung gleich geachtet werden. Auch liegt in dieser, wie in der zweiten Meinung etwas, was sich mit juristischen Grundsätzen nicht wohl verträgt. Das Testament soll ein correspectives seyn, und dennoch theilweise bestehen bleiben [8]); ferner, nach dem Testamente sollen die Substituten erst nach dem Tode des Ueberlebenden eintreten, nach diesen Meinungen aber muß man entweder ihr Recht schon früher wirksam werden lassen, oder dem Ueberlebenden das Recht zugestehen, den Besitz und Genuß des Ganzen bis zu seinem Tode zu behalten, so daß mithin hinsichtlich seiner das Testament volle Wirksamkeit hätte, und nur seine Verwandten oder Freunde ausgeschlossen werden würden.

Wenden wir uns nunmehr zu der zweiten Hauptansicht, wonach die Erbschaftserwerbung von Seiten des

7) Griesinger a. a. O. S. 208.

8) Griesinger a. a. O. S. 209 fgg. §. 57, meint, wenn der überlebende Gatte nach dem Tode des anderen Gatten die zum Vortheile der Verwandten des Verstorbenen gemachte Anordnung nicht ganz, sondern nur zum Theil aufhebe, so sey das Testament des Verstorbenen immer auch nur nach demselben Verhältnisse für aufgehoben und widerrufen anzunehmen, was er ausführlich durch Beispiele zu belegen bemüht ist. Diese Consequenz aber beweist wohl am besten, zu welchen Verwirrungen seine Theorie nothwendig führen muß, und schon darum wäre sie immer nicht zu begünstigen, wenn sie auch nicht auf völlig unrichtigen Grundsätzen beruhete.

Ueberlebenden alle weitere Verfügung ausschließt. Sie ist bereits an einer andern Stelle dieses Commentars vorgetragen [9]): Jeder der Testirer hat hier zugleich über das Vermögen des Anderen verfügt. Dies ist schon gemeinrechtlich erlaubt [10]) und wird durch Erbschaftsantretung, welche bekanntlich eine obligatio quasi ex contractu begründet, unwiderruflich wirksam. Nunmehr ist, dem Sinne der Disposition gemäß, das beiderseitige Vermögen als ein einziges, und zwar dem Fideicommißrecht unabänderlich unterworfenes anzusehen. — Diese Ansicht hat besonders unter den Neueren den meisten Beifall gefunden und ist auch in die Praxis einzelner Länder [11]), sowie in neuere Particular-Gesetzgebungen übergegangen [12]). Dagegen sucht nun aber Hasse [13]) insou-

9) S. Bd. 35 des Comment. S. 69 fg. u. die Note 42 angef. Schriftsteller, denen noch beizufügen ist: *Chr. Gottl.* Biener Quaest. C. 44. 45., in Ej. opuscul. ed. *Fr. Aug.* Biener Vol. II. Nr. XL. p. 191 sqq. Auch gehört zu der daselbst angeführten Cannegiesserschen Decis. 43 noch die folgende vier und vierzigste Decision, wobei aber nicht zu übersehen ist, daß beide Correferenten der entgegengesetzten Ansicht waren, wenn gleich zum Theil aus Gründen, welche aus der besonderen Beschaffenheit des Falls entlehnt wurden. Uebrigens hat der ebendas. angeführte Mittermaier in der vierten Aufl. der Grundsätze des d. Privatr. seine frühere Meinung geändert, indem er jetzt sich für die Widerruflichkeit der Verfügung auch nach erfolgtem Erbschaftsantritt erklärt; §. 410. Nr. V.

10) L. 25 C. *de fideic.* (VI. 42).

11) Vgl. Haubold Handb. des Sächs. Privatr. §. 643.

12) Preuß. Landr. Th. II. Tit. 1. §. 492. „Nimmt er (der Ueberlebende) die Erbschaft aus dem Testamente an, so

derheit den Grundsatz des römischen Rechts geltend zu machen: Kein Honorirter kann mit Vermächtnissen belastet werden, wofür er nicht eine Deckung oder Entschädigung in der Erbschaft findet, was darüber hinausgeht ist unwirksam angeordnet [14]); die hereditatis aditio aber verpflichtet den Erben nur zur Erfüllung Dessen, was an sich giltig und wirksam im Testamente verfügt ist, nicht aber auch der nichtigen Auflagen [15]). Analog unserem Falle sey die im römischen Rechte mehrfach erwähnte testamentarische Auflage an den Erben, daß er Jemanden zum Erben ernenne, oder zum Besten einer gewissen Person nicht testire [16]); das gelte immer als eine Auflage seine (des Erben eigne) Erbschaft zu restituiren, und verbinde ihn, dem fideicommissarisch Substituirten so viel zu

kann er auch von seinen eignen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe." — Dies ist auch wohl der Sinn des Hamb. Stadtr. Th. III, Tit. 1. §. 17, worin es heißt: „es dürfe das wechselseitige Testament nicht widerrufen werden, wenn es unmöglich sey, daß das eine ohne das andere vollzogen werden könne."

13) S. vorzügl. S. 501 fgg. der oft angef. Abhandl.

14) §. 1 J. *de singul. reb. per fideic. relict.* „Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est *inutiliter relinquitur.*"

15) Hasse a. a. O. S. 541 fgg.

16) S. insbesondere L. 114. §. 6—8 D. *de leg.* I. L. 70. §. 2. L. 77. §. 24 D. *de legat.* II. L. 17 pr. §. 2. 3. L. 74 D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) — L. 41. §. 3 D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6).

hinterlassen, als ihn selbst mit Inbegriff sämmtlicher Nutzungen durch die Erbschaft geworden sey, nicht aber zu einem Mehreren. — Dies Alles, so wie, daß die Beschränkungen jenes Prinzips hier nicht passen[17]), muß man zugeben. Ohne Zweifel hatte dies Recht aber seinen Grund darin, daß Niemand für einen Anderen testamentarisch verfügen, oder dessen Freiheit zu testiren, unmittelbar oder mittelbar, einschränken dürfe. Geschah dies dennoch, so mußte die Verfügung als eine Disposition über das eigne Vermögen des Testirers erscheinen, widrigenfalls war sie völlig unwirksam, da sie einem Grundsatz des jus publicum zuwider lief. Enthielt sie aber keinen Eingriff in die Testirfreiheit des Honorirten, so war sie auch überall keiner Beschränkung unterworfen. So ist es wohl kaum zweifelhaft zu nennen, daß die Auflage, conditionis implendae causa etwas zu geben, an jene Schranken nicht gebunden war, sondern der Honorirte sie erfüllen mußte, mochte sie gleich in gar keinem Verhältnisse zu der testamentarischen Zuwendung stehen[18]). Nun müssen wir freilich nichtsdestoweniger die Regel: Niemand kann mehr belastet als bedacht werden, auch für das heutige Testamentsrecht gelten lassen. Aber da das Prinzip,

17) S. z. B. L. 70. §. 1 D. de leg. II. L. 24. §. 12 D. *de fideic. libertat.* (XL. 12), u. vgl. Hasse a. a. O. S. 507.

18) Wenigstens wird in keiner der Stellen, welche von dem conditionis implendae causa dare handeln, die Einschränkung angeführt, daß es nicht mehr betragen dürfe, als der Honorirte durch das Testament erhalte. Auch lag hierin eben so wenig, wie in den (Note 17 erwähnten) Fällen, wonach Jemand, der ein Vermächtniß annimmt, durch die testamentarische Auflage verbunden wird, eine Sache von höherem Werthe dafür wegzugeben, eine Beschränkung der Freiheit zu testiren.

woraus sie geflossen ist, nicht mehr bei uns gilt, so darf sie auch nicht mit der Strenge zur Anwendung gebracht werden, wie bei den Römern. Es leidet, wie wir gesehen haben, die Freiheit zu testiren direct eine Beschränkung durch Verträge, und indirect durch das, was diesen gleich gilt, so dadurch, daß beide Theile dem wechselseitigen Testamente die Derogatorclausel beifügen (s. oben Nr. II. und S. 221). Aehnliche Wirkungen darf man denn auch dem correspectiven Testamente zugestehen, wenn es durch Erbschaftsantretung von Seiten des Letztlebenden bestätigt ist, ja man muß dies, will man anders den Begriff eines solchen Testaments in der Anwendung nicht geradezu wieder aufheben. Mit diesem Begriff haben wir auch zwei erhebliche Abweichungen von dem römischen Testamentsrecht anerkannt. Die eine besteht in der rechtlichen Möglichkeit, daß jeder Testirer über das Vermögen des Anderen verfügen kann, auch ohne Rücksicht darauf, was und wieviel er diesem zuwendet. Zwar kann die Wirksamkeit dieser Verfügung dadurch vereitelt werden, daß der Ueberlebende nicht Erbe des Vorverstorbenen wird; allein nach röm. Rechte würde eine solche Verfügung an sich ungiltig (inutile) seyn (s. Note 14); nach den jetzt anerkannten Rechtsgrundsätzen ist sie dies aber nicht. Eine andere Abweichung ist, daß beide Dispositionen nur mit und neben einander bestehen können. Was nun mit Consequenz aus diesem den Römern unbekannten Begriff abgeleitet werden kann, das muß auch für giltig gehalten werden, wenn es gleich zu Resultaten führt, die das röm. Recht verwirft.

Wenden wir dies hier an, so kann es wohl kaum zweifelhaft seyn, daß die zweite Ansicht die meiste Billigung verdient. Der einseitige Widerruf eines correspec-

tiven Testaments bringt allerdings die Sache in die Lage, als wenn das Testament nie vorhanden gewesen wäre. Allein es muß dies doch nach juristischen Grundsätzen noch möglich seyn; das aber ist nicht der Fall, wenn einmal ein Erbe aus dem Testament existirt. Es ist hier nicht die Rede von der Möglichkeit, die Folgen der Erbschaftsantretung durch Restitution, also ausserordentlicher Ursachen wegen, wieder aufzuheben, sondern nur von dem, was das Recht regelmäßig mit sich bringt. Hiernach aber kann ein Erbe durch seine Willkühr die rechtliche Wirkung eines Erbschaftserwerbs nicht vernichten und Hasse, welcher doch den gewöhnlichen Begriff der correspectiven Testamente kennt und billigt, geräth offenbar mit seinen eignen Grundsätzen in Widerspruch, wenn er hier Alles nach dem röm. Recht bestimmt wissen will, dennoch aber eine Vernichtung des Testaments in Folge des einseitigen Widerrufs dessen, welcher bereits Erbe geworden ist, eintreten läßt. Vielmehr muß der Ueberlebende das Testament seinem ganzen Inhalte nach anerkennen und erfüllen, er kann mithin auch die sein eignes Vermögen betreffende Disposition nicht widerrufen, indem die Wirkungen der correspectiven Testamente nicht nach den Grundsätzen eines Rechts bestimmt werden können, das dergleichen Testamente durchaus nicht kennt.

So sind wir denn, wenn gleich auf einem etwas anderen Wege, zu dem früher bereits in diesem Commentar vertheidigten Resultate gelangt, dessen Anwendung alle Verwickelungen und Unbestimmtheiten von selbst beseitigt, welche die erste Ansicht nothwendig herbeiführen muß. Nur in einem Puncte bedarf dies Resultat noch einer näheren Bestimmung und Berichtigung. Nach der Art nämlich, wie Glück sich hierüber äussert, muß man

annehmen, seine Meinung sey gewesen, daß dem Ueberlebenden auch die Verfügung unter Lebenden über sein Vermögen entzogen sey, und er dasselbe der Substanz nach ungeschmälert den Nacherben überliefern müsse; auch beruft er sich auf Hasse, welcher gezeigt habe, daß die Grundsätze von dem fideicommissum ejus, quod superfuturum est, hier überall keine Anwendung leiden könnten[19]). Indessen ist, wie gerade auch Hasse sehr richtig bemerkt, im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Testirer einander in der Dispositionsbefugniß unter Lebenden habe beschränken wollen[20]). Wird diese ja doch auch selbst durch Erbvertrag nicht ausgeschlossen. Es ist vielmehr auch hier Alles auf quaestio voluntatis zu stellen. In der Regel würde ich annehmen, daß der überlebende Theil über sein eignes Gut unter Lebenden frei verfügen dürfe, soferne er dadurch nicht in fraudem fideicommissi handelt; wie weit ihm ein Verfügungsrecht über das Vermögen des Vorverstorbenen zustehe, hängt von dem Inhalte des Testaments ab. Das Recht des Abzugs der Trebellianischen Quart kann ihm im Zweifel nicht entzogen seyn, ausser daß er auch hierüber nicht mortis causa verfügen darf. Umgekehrt kann ihm die unbegränzteste Dispositionsbefugniß eingeräumt seyn. Lautet die Verfügung auf Restitution des beim Tode des Letztlebenden vorhandenen Vermögens, so würde mindestens ein Viertheil des von dem Vorverstorbenen erhaltenen Vermögens den Nacherben hinterlassen werden müssen, und darum wird denn auch der Ueberlebende zur Cautionsleistung angehalten werden können, wenn ihm diese nicht ausdrück-

19) Bd. 35 des Comment. S. 69 fg. u. S. 74.

20) Hasse a. a. O. S. 267 fgg.

lich erlassen ist[21]). Diese Trennung des beiderseitigen Vermögens steht auch mit dem vorhin deduzirten Resultat in keinem Widerspruch. Der Ueberlebende darf das Recht auf seinen Nachlaß dem Substituten nicht entziehen und insofern bildet dieser Nachlaß mit dem des Erstverstorbenen ein ideelles Ganzes. Daß aber in anderer Beziehung beide Vermögensmassen als getrennte betrachtet werden, ist nicht nur damit sehr wohl zu vereinbaren, sondern es entspricht dies auch der wahrscheinlichen Absicht der Disponenten und der juristischen Consequenz. Im Zweifel ist nie anzunehmen, daß Jemand sich der Dispositionsfreiheit über das Seine völlig begeben wolle, am wenigsten in einem Falle, wo doch nur der künftige Nachlaß als eigentliches Object der Verfügung angesehen werden darf.

Es kann aber überhaupt nicht genug eingeschärft werden, daß man bei Beurtheilung der einzelnen Fälle vor allen Dingen die Disposition und ihren besonderen Inhalt zu berücksichtigen habe; das Generalisiren der Normen und Begriffe erscheint nirgends so nachtheilig, als bei Beurtheilung von Privatdispositionen, wo so unendlich viele Verschiedenheiten vorkommen, wie bei den wechselseitigen Testamenten. Alles bisher Gesagte gilt nämlich nur von den eigentlichen correspectiven Testamenten. Man nehme aber z. B. an, daß ein reciprokes Testament zwischen A. und B. errichtet wird, und A. seine nächsten Verwandten dem B., dieser die seinigen dem A. fideicommissarisch substituirt. Dies wird man unmöglich für eine correspective Verfügung halten dürfen, indem es dem Zuerststerbenden ganz gleichgiltig seyn kann, ob der Ueberlebende es bei dieser Verfügung be-

21) Nov. 108. Cap. 1.

wenden läßt, oder nicht. Die Disposition des Ersten muß allemal ausgeführt werden; der Ueberlebende erscheint wie ein gewöhnlicher Fiduciarerbe, welcher nach Maaßgabe der näheren Bestimmungen des Testaments, das auf ihn vererbte Vermögen aufbewahren und den Erben des A. restituiren muß. Seine eigene fideicommissarische Verfügung ist nun aber von selbst erloschen, da die nothwendige Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, nämlich daß der A. ihn überleben werde, nicht eingetreten ist. Wäre übrigens die Substitution direct gestellt, so würde sie natürlich durch den Tod des ersten Erben nicht aufgehoben, wohl aber hängt es von der Willkühr des Ueberlebenden ab, ob er sie bestehen lassen will[22].

Es begründet aber auch der correspective Inhalt mehrerer Testamente an sich noch keine Correspectivität im rechtlichen Sinne, sondern wie oben (Note 74) bereits bemerkt wurde, durch die äussere Verbindung wird es überhaupt erst möglich, beide Testamente in Ansehung rechtlicher Wirkungen als ein Geschäft zu betrachten. Ob die Testirer sich gemeinschaftlich erklären, oder, wie meistens geschieht, ein Jeder besonders, ist zwar gleichgiltig; juristisch unmöglich ist es aber, daß zwei äusserlich gesonderte letztwillige Verfügungen durch eine Einheit rechtlicher Wirkungen verbunden seyn können. Ob auch Beide in Gemäsheit vorausgegangener Vereinbarung und in dem gegenseitigen Vertrauen, daß Keiner die Verfügung ändern werde, einander eingesetzt und die beiderseitigen

22) Nur für den letzteren Fall ist die Bestimmung bei Mackeldey richtig, daß der Ueberlebende seine Disposition immer noch abändern könne (Lehrbuch §. 650. Nr. 1. a.), sonst ist dessen Verfügung als testamentum destitutum von selbst erloschen. Vgl. hierüber unten Note 29.

Verwandten substituirt hätten: darum bleiben nichtsdestoweniger die Testamente zwei verschiedene letzte Willensordnungen, die jeder Testator zu jeder Zeit einseitig wieder aufrufen kann. Wenn zwei aus gegenseitiger Zuneigung einander zu Erben einsetzen, so glaubt gewiß Jeder, daß er bei seinem Willen beharren werde und setzt auch eine gleiche Gesinnung bei dem anderen Theile voraus; hierin liegt durchaus nichts Unerlaubtes [23]), nur giebt es Niemandem ein Recht zu einer juristischen Beschwerde, wenn er sich in seinen Erwartungen täuschte [24]). Will man weder einen eigentlichen Erbvertrag eingehen, noch ein gemeinschaftliches Testameht errichten, so bleibt nur übrig, daß man in Beziehung auf die beiden Testamente besondere **pacta de non mutandis** schliesse, um die Unverbrüchlichkeit derselben zu sichern. — Indessen ist der Begriff von abgesondert errichteten correspectiven Testamenten, wie so mancher andere unhaltbare Doctrinalbegriff, nicht nur in Particularrechte übergegangen, sondern bisweilen auch in rechtlichen Erkenntnissen als ein gemeinrechtlicher angenommen [25]), was aber gewiß nicht gut geheissen werden darf (S. oben die Note 74).

Ist dagegen das Testament ausser Zweifel ein correspectives, so darf auch der Ueberlebende, welcher einmal Erbe geworden ist, sich keine Aenderung der gemeinschaftlichen Verfügung gestatten; ob dieselbe seine Verwandte betrifft, oder die des Vorverstorbenen, ist hier gleichgiltig, indem darin allemal ein willkührlicher Eingriff in die bestimmt erklärte und nunmehr als unver-

23) L. 70 D. *de hered. instit.*

24) Vgl. Hasse angef. Abhandl. S. 272 fg.

25) *C. G.* Biener Quaestion. cap. 40, in opuscul. ab *F. A.* Biener edit. Vol. II. p. 184 in f.

brüchlich feststehende Willensäusserung des anderen Theils liegen würde. (S. oben den Text zu Note 7. S. 137). In einem Falle, wo die überlebende Ehefrau zu Gunsten eines ihrer Verwandten und eines Verwandten ihres Mannes ein neues Testament errichtete, ihre eignen in dem correspectiven Testamente ebenfalls substituirten Brüder aber blos mit einem Legat bedachte, entschied das Oberappellationsgericht in Cassel für die Giltigkeit dieser Verfügung [26]). Diese Entscheidung, welche eigentlich auf dem oben widerlegten Griesinger'schen Prinzip beruht (s. oben den Text zu Note 7. S. 237), ist aber schwerlich zu billigen, und steht auch mit einer anderen desselben Tribunals im Widerspruch, worin der Grundsatz allgemein angenommen ist, daß die Erbschaftsantretung den Ueberlebenden verpflichte, das Testament seinem ganzen Inhalte nach anzuerkennen und zu erfüllen [27]).

Betrachten wir jetzt kürzlich noch die übrigen Fälle. — Wenn dem Ueberlebenden ein eigentlicher Miterbe gegeben wird, so tritt Jener entweder die Erbschaft an, oder er schlägt sie aus. Im ersten Fall besteht seine Verbindlichkeit, die sein eignes Vermögen betreffenden Dispositionen des Testaments anzuerkennen, unverändert. In dem zweiten könnte man glauben, daß wegen Correspectivität des Testaments auch allemal das Recht des Miterben aufgehoben werde. Indessen ist es mit juristischen Grundsätzen an sich auch wohl zu vereinigen, wenn man annimmt, daß blos der auf den Ueberlebenden und dessen Substitution sich beziehende Theil des Testaments wegfalle — also die Erbschaft des Vorverstorbenen jure

26) *de* Cannegiesser decision. Summi Tribunal. Hasso-Cassel. T. I. Dec. 44.

27) *de* Cannegiesser l. l. Dec. 43. (Vgl. oben Note 83).

accrescendi vollständig an den Miterben komme, welcher alsdann natürlich die testamentarischen Auflagen erfüllen muß, die lediglich auf dem Vermögen des Vorverstorbenen lasten. Denn durch die Ernennung von Miterben wird ja immer für den Fall, daß der eine oder andere nicht Erbe werden würde, die Intestaterbfolge im Voraus ausgeschlossen, folglich tritt hier der Miterbe nur an die Stelle des gesetzlichen Erben. Freilich aber würde man zu weit gehen, wollte man dies ganz unbedingt zur Anwendung bringen. Es muß stets der Inhalt der Disposition entscheiden, ob sich dies Resultat mit der Absicht der Disponenten vereinigen läßt, oder ob nicht auch das Recht des Miterben mit der Correspectivität des Testaments so genau verbunden ist, daß es ohne die Giltigkeit beider Verfügungen nicht bestehen kann; so namentlich in dem Fall, wenn beide Testirer einen und denselben Miterben ernennen und die Substitutionen gemeinschaftlich auf diesen und den Ueberlebenden beziehen. Hier kann die Verfügung entweder nur vollständig oder gar nicht bestehen, da eine Trennung der Vermögensmassen mit einer Ausführung des Testaments unvereinbarlich ist; daher hängt denn freilich das Recht des Miterben ebenfalls davon ab, daß auch der Ueberlebende Erbe werde.

Bei Vermächtnißbestimmungen kommt es zuvörderst darauf an, ob sie gemeinschaftlich angeordnet sind und die beiderseitigen Vermögensmassen belasten, oder ob sie besonders von jedem Testirer und in Beziehung auf das von ihm herrührende Vermögen errichtet sind. In jenem Falle ist Alles nothwendig wieder nach denselben Grundsätzen zu bestimmen, welche für Universalsubstitutionen gelten[28]. In diesem Falle wird in Ansehung der Vermächtnisse jede

28) S. HOMMEL Rhapsodia Quaestionum obs. 166.

Verfügung als eine für sich bestehende behandelt. Die des Ueberlebenden ist nun von selbst erloschen, weil der damit Belastete, der Vorverstorbene, überhaupt nicht Erbe geworden ist[29]; er selbst ist aber zur Entrichtung derselben von dem Vermögen des Verstorbenen verbunden[30]. Wann die Vermächtnisse wirksam und fällig werden —, ob hierbei auf die Todeszeit des Ersten oder auf die des Ueberlebenden zu sehen sey? ist eine reine quaestio voluntatis, worüber zunächst der Inhalt der Disposition selbst entscheiden muß. Biener will dies von dem Unterschiede abhängen lassen, ob die Testirer in abgesonderten Testamenten oder in dem nämlichen Act verfügten; im letzteren Fall soll regelmäßig angenommen werden, daß ein Recht auf das Vermächtniß erst mit dem Tode des Letztlebenden wirklich werde[31]. In dem von ihm zur Erläuterung vorgetragenen Rechtsfalle konnte freilich nicht anders entschieden werden, indem ganz ausdrücklich bestimmt war, daß der Ueberlebende nach seinem Tode gewisse Vermächtnisse entrichten sollte. Sonst ist nicht abzusehen, warum nicht hier, wo ja doch die Vermächtnißanordnungen selbst als getrennte gedacht werden, im Zweifel nicht auch die Regel zur Anwendung kommen sollte:

29) Biener Quaestion. cap. 41; in opuscul. Vol. II. p. 186. (Vgl. oben Bd. 35. S. 68 u. das. Note 41).

30) Ob er durch Ausschlagung der Erbschaft sich der Zahlung der Vermächtnisse entziehen kann, oder nicht, hängt wiederum von dem sonstigen Inhalte des Testaments ab. Ist es seinem wesentlichen Inhalte nach ein correspectives, so darf er es nicht.

31) Interpretationum et Responsorum cap. 31 (opuscul. Vol. II. Nr. 109. p. 402 sqq.).

cedit dies legati ex die mortis testatoris, venit ex die aditae hereditatis[32]).

Schließlich bemerke ich noch, daß aus einem reciproken Erbvertrag, worin keine Verfügungen für den Todesfall des Letztlebenden getroffen sind, dieser ein vollkommen freies Dispositionsrecht, gleichwie aus einem ohne Substitutionen errichteten reciproken Testamente erhalte. Denn wenn man auch annimmt, daß das Recht aus Erbverträgen auf die Erben gehe, so ist ja durch die eingetretene Beerbung der Erbvertrag wirksam geworden, mithin aller Anspruch aus demselben erloschen[33]).

§. 1429.

2) Insbesondere a) vom Widerruf eines Testaments, (der s. g. revocatio verbalis.)

Der Widerruf eines Testaments nun erfolgt entweder durch ausdrückliche Erklärung oder durch Handlungen, die eben soviel bedeuten, nämlich physische Zerstörung des Testaments, oder Errichtung eines neuen. Die erstere Aufhebungsart nennt man verbalis revocatio, die zweite realis rev. Von jener ist in diesem §. die Rede. Wir verstehen darunter aber die auf gehörige Art ausgesprochene Willenserklärung, daß das Testament nicht länger gelten solle[33 a]).

32) L. 5. §. 1. L. 21 pr. D. *quando dies leg. vel fideic. ced.* (XXXVI. 2).

33) Vgl. *C. G.* Biener quaest. cap. 41. (in opuscul. Vol. II. p. 186).

33 a) M. s. darüber im Allgemeinen: *Jo. Andr.* Hannesen (Pr. *Gebauer*) Diss. de testamenti accedente Decennii Lapsu facta revocatione ad L. 27 C. *de testamentis.* Goett. 1736. (Die erste juristische Doctor-Dissertation in Göttingen). *Ejusd.* Diss. secunda de testamenti accedente decennii lapsu facta revocatione. Goett.

Ein Testament wird durch bloßen Widerruf nicht aufgehoben, sondern es ist mindestens nöthig, daß derselbe vor drei Zeugen erklärt werde[34]). Man ist sehr geneigt, diese Beschränkung der Freiheit, letztwillige Dispositionen wieder aufzuheben, als eine rein willkührliche Satzung anzusehen, zu welcher um so weniger ein Grund vorhanden sey, da man sein Testament ja ganz unbezweifelt durch physische Zerstörung wirksam aufheben könne. Indessen ist hier ein Zusammenhang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und mit dem früheren Rechte unverkennbar. — Es ist ein ganz allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß die Auflösung von Rechtsverhältnissen und Geschäften auf eine ihrer Eingehung entsprechende Art erfolge. „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur"[35]); oder wie Gajus noch allgemei-

1737. — *Jo. Guil.* Marckart interpretationum receptar. jur. civil. lectionum Lib. II. Cap. I. *J. L. E.* Püttmann interpret. et observat. jur. civil. Lib. singular. Cap. XXVII. *Aug. Frid.* Schott comment. ad orationem Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, in §. VII. J. quib. mod. test. infirm. (opuscul. Lips. 1770. p. 41 sqq.). — *Pet.* Greve Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum, quam quoad effectum. Goett. 1783. (8). — *Pet. Andr.* Rodatz Diss. de verbali testamentorum revocatione ad Cod. VI. 23. Const. 27. Goett. 1810. — Die neueste u. zunächst nur auf das französische Recht gehende Dissertation über diese Materie ist: *Hyacinth.* Garnier de testamentor. revocatione. Leod. 1830.

34) L. 27 C. *de testament.* (VI. 23).

35) L. 35 D. *de regul. jur.*

ner sagt: „*Omnia*, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt“[36]). In der ersten Stelle wird die Regel geradezu auf Vertragsrechte angewandt, und sehr möglich ist es, daß auch die zweite, welche wir jetzt nur ausser ihrem ursprünglichen Zusammenhange kennen, nicht in Beziehung auf Testamente ausgesprochen wurde[37]). Auch darf sie natürlich nicht so verstanden werden, als ob das Aufhören eines Rechtsverhältnisses stets durch eine dem Entstehungsact entgegengesetzte Handlung bedingt sey; denn obligatorische Verhältnisse hören meistens durch Erfüllung auf und Eigenthum und andere Rechte werden in unzähligen Fällen durch Ereignisse vernichtet, welche mit dem Erwerbsact nicht die geringste Verwandtschaft haben. Daß aber unsere Regel, in der Bedeutung, welche sie überhaupt haben kann, sich nicht auf Vertragsrechte beschränke, beweist schon ihre Anwendung auf Besitz[38]). Für die Auflösung von Rechtsverhältnissen nun, welche gar nicht erfüllt werden, oder sonst wieder rückgängig gemacht werden sollen, nimmt sie den Character der Nothwendigkeit an, zumal in Beziehung auf förmliche Rechtsgeschäfte; als Beispiel, welches zugleich wieder einen Beweis enthält, daß der Grundsatz auch unabhängig von eigentlichen Vertragsrechten angewandt wurde, mag hier nur die Remancipation als Auflösungsact der mit Fidu-

36) L. 100 D. *de regul. jur.*

37) S. *Jac.* Gothofredus ad L. 35 D. *de regul. jur.* (in opusc. ed. *Trotz* p. 848.) und ad L. 100 *eod.* (ibid. p. 1002 sq.), wo er die letztere Stelle mit Rechtsverhältnissen des Personenrechts (adoptio u. s. w.) in Verbindung setzt. Indessen ist er weit entfernt, die Möglichkeit einer Anwendung auf Testamente zu läugnen, wie dies von Marckart geschieht a. a. O. §. 4. p. 172.

38) L. 153 D. *de reg. jur.*

cia verbundenen, d. i. unter wiederruflicher Rechtsübertragung erfolgten Mancipation genannt seyn[39]). Also in solchen Fällen mußte die Auflösung durch eine dem Entstehungsact analoge Handlung erfolgen, wo aber diese nach der Natur des Verhältnisses nicht möglich war, wurde die Anwendung eines anderen altfeierlichen Dissolutionsacts durch Fiction vermittelt[40]).

Indessen für Testamente soll, wie Manche glauben, die Regel nicht gegolten haben, weil sich in den älteren Rechtsquellen nicht die mindeste Spur von Solennitäten finde, welche bei der Aufhebung von Testamenten hätten angewandt werden müssen. „Analogia juris civilis me docet (sagt Joh. Wilh. Marckart), praescriptas esse solennitates ad ordinanda testamenta, sed nondum didici, praescriptas esse solennitates observandas illis, qui malunt mori intestati, ut rite et juste bona sua legitimis heredibus proximis relinquerent. Nullibi in jure nostro ad revocanda testamenta injungitur ulla solennitas, sed tantum, ut probatio sit mutatae voluntatis, si testamentum aliquod factum est“[41]). Lassen wir einstweilen die Richtigkeit dieser letzteren Behauptung auf sich beruhen, so darf man allerdings zugeben, daß gegen die bloße, d. h.

39) S. Gaji institution. Comment. I. §. 134. Pauli sent. recept. Lib. II. Tit. 13. Boethius ad Cic. Top. c. 10; *verb.* „Fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet“ u. s. w.

40) So namentlich die Aufhebung der Wirkung von res judicata und per damnationem legatum durch imaginaria solutio per aes et libram. Gaji Inst. comment. III. §. 173. 175.

41) Marckart interpret. L. II. c. I. §. 4. p. 171.

nicht durch Errichtung einer neuen Disposition erfolgende Aufhebung eines Testaments in calatis comitiis, oder durch Remancipation, alle Rechtsanalogie streite. Daß es keine Volkscomitien zum Widerruf eines Testaments gegeben habe, wird nicht erst bewiesen werden dürfen, und das Gegentheil ist auch, meines Wissens, noch von Niemandem behauptet. Daß die Aufhebung des Mancipationstestamens (testamentum per aes a libram) durch Remancipation des mancipio accipiens habe vermittelt werden können, ist allerdings behauptet[42]). Indessen ist dies nach juristischen Begriffen ganz unmöglich. Nur der Erblasser kann die familia manzipiren, welche nach seinem Tode hereditas wird[43]); erst alsdann erhält der familiae emtor, oder vielmehr der von ihm repräsentirte Erbe, ein Recht; etwas anderes, als dies nach dem Tode wirksame Recht ist ihm überall nicht manzipirt, er hat also keines, was er dem Erblasser bei dessen Lebzeiten zurückmanzipiren könnte. Vielleicht könnte man dabei an eine imaginaria solutio per aes et libram denken[44]). Doch auch diese Auflösungsart würde hier

42) S. J. G. Dernburg Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente S. 98 fg. (Nr. c.), dem auch Glück im Comment. Bd. 34. S. 239 folgt. *Henr. Alb.* Zachariae comment. de fiducia. Gothae 1830. Cap. VIII. p. 51 sq.

43) S. Huschke über die Rechtsregel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (Rhein. Mus. Bd. VI. Abh. VIII.) S. 271—280 u. S. 294. Vgl. Allg. L. Z. v. 1835. Nr. 61. S. 486 a. E. u. fg.

44) Gaji inst. III. §. 173. „Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram — — —, veluti *si quid eo nomine debeatur, quod per aes a libram gestum est.*“ — Vgl. Puchta Lehrb. für Institutionenvorlesungen S. XXXIX fg.

ganz unpassend seyn, da durch die familiae mancipatio überall kein obligatorisches Verhältniß begründet wurde, und am wenigsten ein solches, in Folge dessen der künftige Erbe verlangen durfte, daß ihm die Erbschaft auch wirklich zugewendet werde[45]).

45) Dies nimmt auch Dernburg (a. a. O.) an, dessen Vorstellungen über die Form und Wirkungen des ältesten Mancipationstestaments ich freilich nicht theilen kann, wie dies von Glück (Bd. 34 d. Comment. §. 1412 a. S. 237 fgg.) geschehen ist. Der familiae emtor soll auch ursprünglich nicht der Erbe gewesen seyn, sondern eine das Successionsrecht nur vermittelnde Person, welche zur Erfüllung der bei der Mancipation ihm gemachten Aufträge nach dem Tode des Erblassers verbindlich war, aber auch schon bei seinen Lebzeiten ein gegenwärtiges und juristisch wirksames Recht an der universitas bonorum erhielte, so jedoch, daß dem Erblasser Besitz und das Recht des Widerrufs blieb. Gestützt ist diese Ansicht lediglich darauf, daß Gajus (Inst. II. §. 103) sagt: „olim familiae emtor, h. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et ob id *ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.*" Daraus wird nun gefolgert a) die Manzipation sey nicht etwa auf das universum jus als einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, sondern einzig und allein auf das active, in Eigenthumsrechten und deren Zubehör bestehende Vermögen gegangen, sodann b) daß schon beim Leben des Erblassers dem familiae emtor ein wirkliches Recht an dem Vermögen zugestanden, dessen Wirkung hauptsächlich dadurch sich geäussert habe, daß der fam. emtor nach dem Tode des Manzipanten ein dingliches Recht gegen jeden Dritten gehabt und auch die pro herede usucapio wider ihn nicht möglich gewesen sey. — Gab es denn zu der Zeit, wo die Mancipationstestamente in ihrer ursprünglichen

Dies Alles beweist aber noch keineswegs, daß eine Aufhebung des Testaments durch einfachen Widerruf habe

Gestalt im Gange waren, gar keine testamentarischen Erben? — denn nur unter dieser Voraussetzung, für welche es indessen an allen und jeden Quellenzeugnissen eben so sehr, als an inneren Gründen fehlt — könnte man jene Folgerungen allenfalls gelten lassen. — Oder war es nicht etwa die *familia*, welche dem *familiae* emtor zumanzipirt wurde? Hierunter aber darf gewiß nicht blos die eine Seite des Vermögens, das Recht, getrennt von den Verbindlichkeiten, verstanden werden. — Und dann, wodurch erhielt der Manzipant ein Recht zum Widerruf, da wir nirgends eine Spur davon finden, daß die Testamentsmanzipation mit fiducia verbunden worden wäre? (Trekell de origine atq. progressu testamentifactionis Cap. III. §. 30 p. 135 sq.). Dernburg sagt: weil „das ganze Geschäft nur zum Schein vorgenommen wurde" (S. 98). Allein alsdann konnte der fam. emtor ja überhaupt kein wirkliches Recht erhalten, und dies räumt ihm Dernburg doch ein, da der Manzipant nur den Besitz behalten, der f. emtor demselben durch Hinterlist soll schaden können u. dgl. m. — Indessen auch Puchta (Institutionen S. XLIII fgg.) ist in der Hauptsache derselben Meinung zugethan, und auch ihm schließt sich Glück a. a. O. an; der Testirer ernannte überall keine Erben, sondern der familiae emtor war loco heredis, oder vertrat die Stelle des Erben, und durch seine Hand gieng die Vertheilung der Erbschaft an diejenigen Personen, denen der Testirer sie zukommen lassen wollte. In der That wäre dies ein höchst seltsames Institut, wofür wir im ganzen röm. Rechte weder Grundsatz noch Namen finden. Ein Testirer, welcher keinen Erben hinterläßt, sondern nur einen Erbrepräsentanten, der aber doch den vom Erblasser Bedachten verpflichtet ist. Und was sind denn diese Bedachten? Erben können auch sie nicht seyn, indem solche ja gar

geschehen können. Es läßt sich vielmehr erweisen, daß — abgesehen von der physischen Zerstörung des Testa-

nicht ernannt sind, also nur Singularsuccessoren. Aber weil kein Erbe da ist, so konnten sie auch nicht als Legatarien oder Fideicommissarien betrachtet werden, wenn es überhaupt diese in jener alten Zeit gegeben hätte. Und wer repräsentirte denn das vermögensrechtliche Gesammtverhältniß? Auf Begründung einer solchen Repräsentation konnte die familiae mancipatio doch nur gerichtet seyn. — Ich glaube, daß sich die Aeusserungen von Gajus: „Familiae emtor — *heredis locum obtinebat*“ (II. 203), oder: *loco heredis erat* (II. 205) sehr wohl erklären, ohne dem röm. Recht eine so beispiellose Anomalie aufzubürden. — In den Volkscomitien wurde der Erbe legis modo, also befehlsweise ernannt, wie dies ja auch in der Folge noch den Character der Erbeseinsetzung bildete. Die ersten eigentlichen Privattestamente wurden durch den Drang der Umstände veranlaßt (*Gaj.* II. 203). Man wählte hiezu das Mittel, daß man die *familia* durch Anwendung einer bekannten Veräusserungsform, der Mancipation, also mündlich einem Freunde übertrug, dem man zugleich vorschrieb, was er Anderen von dem Vermögen abzugeben hatte. (Wahrscheinlich kamen so zuerst die durch Testamente vermittelten Singularsuccessionen auf). Erbe im strengen Sinne des Worts war dieser familiae emtor nicht, denn der Auftrag war mündlich an ihn gerichtet, man konnte aber einem freien Menschen nicht befehlen Erbe zu seyn. Aber er galt soviel als ein Erbe; er war es der Sache nach wirklich. Darum also sagt Gajus: heredis locum obtinebat, oder loco heredis erat. Als nun die schriftlichen Mancipationstestamente üblich wurden, da konnte man wieder befehlsweise Erben ernennen, die Mancipationsform erforderte aber den familiae emtor, der jetzt natürlich nur ein Scheinrepräsentant des Erben war, oder

ments, wovon weiter unten die Rede seyn wird — dazu eine neue Testamentserrichtung nöthig war. Ein directes Zeugniß dafür enthält der §. 7 Inst. *quibus modis infirm. testamenta*, wo es heißt: „Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere." Daß damit nun nicht etwa nur gemeint ist, ein früheres Testament könne nicht durch ein späteres unvollständiges aufgehoben werden, wie Manche annehmen, ergiebt sich nicht blos aus den folgenden Worten: „*usque adeo*, ut, etsi quis testamentum posterius facere coeperit" u. s. w., sondern hauptsächlich aus der Interpretation des Theophi-

dicis causa bei der Handlung zugezogen wurde. — So hängt, wie mir deucht, Alles sehr gut zusammen, und es ist nicht einmal nöthig, zur Unterstützung dieser Erklärung noch anzuführen, daß Gajus von Einem, welcher ja nicht schon Erbe war (denn ob er dies wurde, hieng davon ab, daß das Testament ungeändert blieb und er den Erblasser überlebte), auch nicht sagen konnte: heres erat, sondern etwa nur: man müsse sich ihn hierbei als Erben denken, oder wie Theophilus ihn bezeichnet: Der, welcher künftig Erbe werden soll. Ueberhaupt hat Theophilus hier nicht nur aus Gajus geschöpft, sondern ihn auch ganz richtig interpretirt, wie jetzt ohne Zweifel auch Trekell annehmen würde, welcher dem Theophilus vorwirft, er habe diese Notiz fingirt (Trekell de origine atque progressu testamentifactionis Cap. III. §. 29. p. 133. 134). — Diese Bemerkung, welche man zugleich als Nachtrag zu dem, was im 34sten Bde. des Comment. über die älteren Testamentsformen vorgetragen ist, ansehen mag, soll hier hauptsächlich zur näheren Begründung der Behauptung dienen, daß die Auflösungsformen weder des Eigenthums, noch obligatorischer Verhältnisse auf Testamente anwendbar gewesen seien.

lus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen, welche nach der Uebersetzung von D. W. Reitz also lautet: „Quidam testatus — dixit: Nolo illud valere. Ex his tantum verbis testamentum non fit irritum. *Legitime enim facta legitime subverti debent.*"[45 a]) Indirect aber wird unser Satz dadurch erwiesen, daß, wenn von eigentlicher Ruption eines Testaments die Rede ist, immer nur die beiden Gründe postumi agnatio und novum testamentum genannt werden[46]). Zwar berufen sich die Gegner auf eine Stelle von Ulpian, wo es heißt: „Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, *vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere*, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt"[47]). Versteht man die hier her-

45 a) Auch die L. 36. §. 3 D. *de test. mil.* (XXIX. 1) kann man hier als direkten Beweis gelten lassen. Die Stelle selbst wird weiter unten (gegen den Schluß dieses §) erklärt werden.

46) S. die Stellen bei Brissonius de V. S. v. *rumpere* §. 4. — Brissonius bezieht übrigens den Ausdruck auch auf physische Zerstörung des Testaments, mit Hinweisung auf L. ult. D. *h. t.* worin aber das Wort gar nicht vorkommt. Soviel ich bemerkt habe, wird der Ausdruck rumpitur testamentum in den Quellen überhaupt nur in Beziehung auf ein Testament gebraucht, welches nicht äusserlich vernichtet ist. Doch thut es der im Texte enthaltenen Ausführung keinen Eintrag, wenn man auch die äusserliche Zerstörung des Testaments unter den Begriff des rumpere zieht.

47) L. 1. §. 6 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6). — Auf diese Stelle legen besonders ein großes Gewicht *Fr.* Connanus in comment. jur. civ. Lib. IX. Cap. VII. Nr. 4 und Marchart l. l. §. 3. p. 170.

vorgehobenen Ausdrücke buchstäblich und in ihrer vollen Bedeutung, so sagt der Jurist allerdings: die Intestaterbfolge tritt ein, wenn der Testirer auf irgend eine Art zu erkennen giebt, daß sein Testament nicht weiter gelten solle. Auch ist es nicht möglich, hier an eine Aenderung der letztwilligen Verfügung durch ein neues Testament zu denken, da ausdrücklich gesagt wird, der Testirer habe die Absicht geäussert, ohne Testament zu sterben. Allein bei einer genauen Erwägung aller gegen die Möglichkeit eines einfachen Widerrufs der Testamente sprechenden Gründe wird man nicht geneigt seyn, auf die Aeusserung Ulpian's ein großes Gewicht zu legen. Testamente sind ursprünglich wahre Gesetze, **leges speciales**, wodurch der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung über die Erbfolge für besondere Fälle derogirt wird[48]); ein Gesetz kann aber nur durch ein neues Gesetz wieder aufgehoben werden. Freilich änderte sich die Form; allein die Ansicht von der rechtlichen Natur eines Testaments mußte im Wesentlichen die nämliche bleiben, und gewiß deutet hierauf Ulpian auch hin, wenn er an einem anderen Orte sagt: „**Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur**"[49]). Das Gesetz bestätigt im Voraus die giltig errichteten Privattestamente, diese haben also

48) Es kommt hier nichts darauf an, ob man glaubt, daß das Volk über Testamente förmlich abgestimmt habe, oder daß nur des Zeugnisses halber vor dem Volke testirt worden sey; immer hatte, was auf die Art vor dem Volke geschah, die Bedeutung einer **Lex**. S. Huschke über die Regel: **Nemo pro parte testatus** u. s. w. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 292.

49) L. 130 D. *de Verb. Sign.*

nunmehr das nämliche Ansehen, wie die in wirklicher Gesetzes-Form, in calatis comitiis, errichteten Testamente [49 a]), können aber eben um deswillen auch nur durch einen gleichartigen Rechtsact wieder aufgehoben werden [49 b]). Hätte man sich indessen die Sache auch nicht gerade auf diese Weise gedacht, so würde dennoch immer die Regel zur Anwendung kommen, daß die Auflösung eines Rechtsgeschäfts, zumal eines förmlichen, in einer der Entstehung desselben entsprechenden Form geschehen müsse; diese aber kann hier nur ein neues Testament seyn. Verbindet man nun hiermit die obigen Argumente und den Umstand, daß von der Möglichkeit des Widerrufs eines Testaments ohne Errichtung eines neuen letzten Willens überhaupt erst in einer Constitution Justinian's (der **L. 27 C.** *de testamentis*) die Rede ist, so wird man wohl kaum Bedenken finden können, Ulpian's Aeusserung auf folgende Art zu erklären: der Jurist spricht hier nicht etwa überhaupt von den möglichen Arten, wie Testamente aufgehoben werden, sondern er will nur sagen, daß auch durch physische Zerstörung des Testaments die Intestaterbfolge herbeigeführt werden könne, wobei er denn einige solcher Handlungen, wie dies geschehen kann, namentlich aufführt, und sodann noch ganz allgemein hinzugefügt: „oder wie sonst etwa durch Handlungen die Absicht, ohne Testament sterben zu wollen, an den Tag gelegt werden kann" [50]).

Bei mündlichen Testamenten nun ist physische Ver-

49 a) Vgl. Huschke a. a. O. S. 295. 296.

49 b) Schott comment. ad orat. D. Pertinacis Cap. II. p. 43 sq.

50) S. Schott comment. cit. Cap. V. p. 60 sq. — Auf ähnliche Art erklärt Hotmann zu der Paraphrase des

nichtung nicht möglich, also die in den Volkscomitien errichteten Testamente konnten überhaupt nicht anders, als durch ein neues Testament aufgehoben werden. Anders verhielt es sich mit den Mancipations-Testamenten, seitdem diese schriftlich errichtet wurden[51]. Die Zerstörung derselben machte Realisirung von selbst unmöglich, indem, wenn auch die Zeugen wirklich mit dem Inhalte bekannt waren, der Prätor doch nur aus einem beim Tode des Testirers noch vorhandenen und mit sieben Siegeln verschlossenen Testamente eine secundum tabulas Bonorum possessio gab[52]), folglich, wenn sich ein solches nicht fand, die Intestaterben eine wirksame Bonorum possessio erhielten. Dasselbe trat ein, wenn der Inhalt des

Theophilus tit. quib. mod. test. infirm. §. 6; bei Reitz Note t.

51) Schriftliche tabulae testamenti gehörten ohne Zweifel eine geraume Zeit zum Wesen eines Testaments. Nicht nur der Testamentsritus, wie wir ihn in den Quellen beschrieben finden (*Gaj.* II. 104), deutet darauf hin, sondern auch die technischen Ausdrücke des Edicts: secundum, contra tabulas B. P., ferner die Bestimmungen des Edicts über Eröffnung und Publication der Testamente (s. Pauli rec. sent. Lib. IV. Tit. VI. §. 3 u. den Titel der Digesten: *testamenta quemadm. aperiantur, inspiciantur, describantur*) sprechen dafür. Unter den Kaisern kommen wieder die rein mündlichen Testamente auf (vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 246 fgg.) und die Prätoren geben aus denselben eine B. P., wie aus wirklichen tabulae testamenti. L. 8. §. 4 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 2 C. *de* B. P. *sec. tab.* (VI. 11). S. Koch B. P. §. 22. S. 239 fgg.

52) Gaji Inst. II. §. 119. 147. — L. 1. §. 3 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). — Vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 268.

Testaments zerstört war[53]), was freilich, falls dies nach der Solennisirung geschah, nicht wohl bewerkstelligt werden konnte, ohne zugleich die Siegel zu verletzen. Allerdings wurde dabei der Wille des Testirers berücksichtigt; dem Testamentserben, welcher sein Recht aus einem solchen Testament geltend machen wollte, stand die doli exceptio entgegen, weil er gegen den offenbaren Willen des Erblassers handelte[54]), weshalb denn aber auch um-

53) L. 1. §. 8 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6). S. oben zu Note 47. S. 257.

54) Arg. L. 4. §. 10 D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV. 4) „Sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur." S. auch L. 11. §. 2 D. *de B. P. sec. tab.* — Ueber beide Stellen s. die am Schlusse dieses §. folgende Erörterung. Doch darf hier schon bemerkt werden, daß der Schlußsatz dieser Stelle den Auslegern manche Schwierigkeit gemacht hat. Der Jurist spricht von einem Falle, wo der Erblasser das zweite Testament in der Absicht zerstört hatte, damit die Wirkung des ersten wieder aufleben solle. Wenn nun der im ersten eingesetzte Erbe die Erbschaft verlangt, und der Intestaterbe ihm doli exceptionem entgegensetzt, so kann der Testamentserbe sich dagegen auf den Willen des Testirers berufen. „Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur." D. h. durch die bloße Willensrichtung entsteht freilich kein Testament. Allein hier kommt es nur darauf an, ob die Exception gegen den ersten Testamentserben begründet sey; dies aber ist aus dem Rechte des Excipienten, also des Intestat-

gelehrt die Exceptio der Intestaterben nicht zugelassen wurde, wenn nicht absichtlich, sondern durch Zufall das Testament oder dessen Inhalt zerstört war, aber, wie sich dies von selbst versteht, das Vorhandenseyn desselben nachgewiesen werden konnte[55]). Weiter aber gieng man nicht. Ein bloßer Widerruf des Testaments blieb unbeachtet, wie wir oben gesehen haben; daraus folgt denn von selbst, daß die später wieder aufgekommenen mündlichen Testamente (s. Note 51) lediglich durch ein neues Testament wieder vernichtet werden konnten.

Inzwischen war das Recht des Aerariums oder Fiscus immer mehr ausgebildet, Erbschaften und Erbtheile sich zuzueignen, die ein Testamentserbe nicht erhalten konnte. Insbesondere wurde auch in dem Falle das Ereptionsrecht des Fiscus angenommen, wenn der Testirer unfähige Erben in einem zweiten Testamente eingesetzt hatte. Rumpirt wurde dadurch freilich das erste Testament nicht, und eben so wenig konnte hier Intestaterbfolge eintreten. Da aber auch die im ersten Testamente eingesetzten Erben nach dem Willen des Erblassers ausgeschlossen seyn sollten, so behandelte man dies als eine Indignitätserklärung. Hierauf bauete man denn wei-

erben, zu bestimmen. Da nun dieser den Willen des Erblassers nicht für sich hat, so sucht er vergebens den Anspruch des Testamentserben durch doli exceptio zu elidiren. — S. A. Faber in error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. 7. Nr. 23 sqq. *Jos.* Averanii interpr. jur. Lib. I. Cap. XI. Nr. 27. Pothier Pandectae Justin. T. II. Lib. XXXVII. Tit. XI. Nr. VIII. p. 592. Not. g.

55) L. 1 D. *de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur* (XXVIII. 4). L. 1. §. 10 u. 11 D. *de B. P. sec. tab.*

ter fort, und nach einer Entscheidung des K. Marc Aurel galt es schon für eine Indignitätserklärung, wenn der Testirer den Namen des Erben durchstrich. So referirt Papinian in dem sechszehnten Buche seiner Quästionen: „Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus (sc. priori test. scriptis) tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem Senatus hereditatem. *Quod Divus Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat; causam enim ad Praefectos aerarii misit*" [56]).

Ohne Zweifel giengen aber die Anmaßungen des Aerariums und des Fiscus weiter; man suchte ein gleiches Recht auch alsdann geltend zu machen, wenn der Testirer ein zweites aber unvollständiges Testament hinterlassen hatte. Auch hier argumentirte man so: da nach dem Willen des Testirers weder die Intestaterben noch die zuerst Eingesetzten etwas erhalten sollen, die im zweiten Testament Bedachten aber nichts erhalten können, so fällt die Erbschaft der öffentlichen Casse an. Dies veranlaßte denn das vielbesprochene Senatusconsult, welches unter dem Einflusse des milden Kaisers Helvius Pertinax zu Stande kam [57]), und dessen Inhalt in den Justinianischen Institutionen auf folgende Art referirt wird [58]):

56) L. 12 D. *de his, quae ut indignis auferuntur* (XXXIV. 9).

57) Hauptschriften hierüber sind *Chr. Henr.* Breuning Prolusio ad orationem D. Helvii Pertinacis in §. VII. Inst. *quib. mod. infirm. test.* Lips. 1755, und die oben (Note 33 a) citirte Commentatio von A. F. Schott.

58) §. 7 J. *quib. mod. testam. infirm.*

„Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere, usque adeo ut, et si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est (*sit*), ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint.“ Daß hiedurch den Anmaßungen des Fiscus entgegengewirkt werden sollte, sagt mit klaren Worten der Biograph des Kaisers, Julius Capitolinus 59): „Legem 60) sane tulit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, *neve ob hoc fiscus aliquando succederet.*“ Auch ergiebt sich aus der folgenden Institutionen-Stelle, daß es hierbei hauptsächlich darauf abgesehen war, den übertriebenen Ausdehnungen und zu Ungerechtigkeiten führenden Anwendungen der kaiserlichen und fiscalischen Privilegien Schranken zu setzen. Durch das princeps legibus solutus est suchte man auch ungerechte Erwerbungen der Kaiser zu beschönigen, namentlich aus Testamenten, welche nach gemeinrechtlichen Grundsätzen nicht zu Recht bestehen konnten. Dies sollte (wie in dem nämlichen Senatusconsulte bestimmt wurde) nicht mehr Statt finden, und so entstand denn der bekannte Rechtssatz: princeps litis causa heres institui nequit 61). — Genung, nur

59) *Jul.* CAPITOLINUS in vita Pertinacis. Cap. VII.

60) Daß hierunter das Senatusconsult oder die oratio D. Pertinacis verstanden wird, ist ausser Zweifel. Mit der Benennung der Rechtsquellen wurde es zu dieser Zeit (im dritten Jahrh. nach Chr.) nicht eben sehr genau mehr genommen, am wenigsten von Nichtjuristen. SCHOTT comment. laud. Cap. III. p. 47.

61) §. fin. J. *quib. mod. test. infirm.* — S. unten §. 1438.

ein vollständiges Testament [62]) sollte auf das frühere einen Einfluß äussern können; fehlte irgend etwas, so wurden die in dem früheren Testamente Eingesetzten weder durch die Intestaterben, noch durch den Fiscus ausgeschlossen. Daneben behielten aber die einmal zu Gunsten des Fiscus anerkannten Indignitäts-Fälle ihre volle Geltung. So bedeutete nach wie vor die inductio nominum eine Indignitäts-Erklärung, vorausgesetzt, daß nicht die Absicht des Testirers darauf gerichtet war, die Intestaterbfolge eintreten zu lassen, was freilich im Zweifel nicht angenommen werden durfte [63]).

Also: die s. g. Verbalrevocation eines Testaments konnte nur durch ein neues und zu Recht beständiges Testament erfolgen [64]). Eine neue Art der Ruption aber, und zwar ganz eigenthümlicher Art, führte der K. Honorius ein. Nachdem im Jahr 416 in seinem und seines Mitregenten Theodos II. Namen bestimmt war, daß Zeugnisse ganz unbeachtet bleiben sollten, wonach der Testirer

62) Was unter den tabulae perfectae in der Or. D. Pertin. verstanden werde? ist ebenfalls sehr streitig. S. hierüber den folgenden §. (1430).

63) L. 4 in f. D. *de his quae in test. delentur.* — „Si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, *sed hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant*, scriptis avocabitur hereditas.“ — Vgl. Pothier Pand. Justin. Tit. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6) Nr. III. Not. c. T. II. p. 628 und Bd. 36 d. Comment. S. 400.

64) S. noch *Reinh.* Bachov ad Inst. Lit. II. §. 6 (7). Nr. 2. *Arn.* Vinnius ad eand. §. Nr. 1. 2. — *Jac.* Voorda Inctor. Lib. singular. Cap. XXVIII. Schott comment. cit. Cap. V. p. 58 sqq. *Pet.* Greve diss. de revoc. test. §. 9.

zum Besten des Kaisers eine frühere testamentarische Disposition mündlich abgeändert habe[65]), erschien zwei Jahre später folgende Constitution[66]): „*Impp. Honorius A Theodosius Palladio Praef. Praet.* Ne quis post diem mortis scriptis ante decennium testamentis praestetur assensus, nullisque penitus viribus scriptura hujusmodi, tempore antiquata, taxetur, praesertim quum, si voluntas continuata perstiterit, brevis mora sit, recentibus vetustatem innovare temporibus. Vix enim fieri potest, ut[67]) per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem

65) Es ist die L. 5. Theod. Cod. *de testam. et codicillis* (IV. 4), welche etwas verändert in den Justinianischen Codex als L. 20 C. *de testamentis* (VI. 23) aufgenommen ist. Durch diese Constitution wollten die Kaiser, wie auch früher von Pertinax geschehen war, ihre Uneigennützigkeit an den Tag legen. Uebrigens soll in derselben nicht etwa der mündliche dem schriftlichen Widerruf entgegengesetzt, mithin der Gedanke ausgedrückt werden: daß schriftlich ein bloßer Widerruf, wenigstens zum Besten des Fiscus, erfolgen könne. Das scriptum (oder adscriptum, wie es im Theodosischen Codex heißt) ist hier auf eine förmliche zum Besten des Kaisers gemachte schriftliche Disposition zu beziehen. Hierbei konnte nicht so leicht ein Betrug vorgehen, wogegen man in dieser Zeit wohl ohne Schwierigkeit sieben Zeugen fand, welche geneigt waren, das Daseyn eines mündlichen Testaments zu Gunsten des Kaisers zu bezeugen. *Pet.* Greve diss. de revoc. test. §. 4 in f. p. 17.

66) L. 6. Th. Cod. *de testamentis et codicillis.* — Hauptschriften darüber sind: der Commentar von *Jac.* Gothofredus und *Herm.* Cannegieter observat. jur. Rom. Lib. I. c. VI.

67) S. über diesen Satz S. 270 fgg. u. das. die Note 76.

testium conscientiam mors conjurata surripiat, et revera nefas est, ut antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur"[68]). Der Sinn ist im Allgemeinen klar: ein Testament soll von selbst seine Wirksamkeit verlieren, sobald es zehn Jahre alt geworden ist[69]). Von den Gründen, worauf der Kaiser seine Entscheidung stützt, kommt hauptsächlich der in Betracht, daß nach Ablauf von zehn Jahren vielleicht kein einziger Zeuge mehr vorhanden sey, folglich es an Mitteln fehlen dürfte, das Daseyn und den Inhalt des Testaments gehörig zu constatiren; *fidei* amore bedeutet hier nämlich so viel als: *probationis* amore[70]). Wie aber die Worte: Vix enim fieri potest — — — mors surripiat sonst zu verstehen seien? darüber sind die Ausle-

68) Aus der Subscriptio: Dat. *Ravennae* folgern die Ausleger, daß Honorius als alleiniger Urheber dieser Constitution anzusehen sey. S. Schott comment. cit. Cap. VIII. p. 79.

69) Die schwerfällige Construction im Eingange ist durch das Einschieben der Worte *post diem mortis* veranlaßt, die ganz hätten wegbleiben können, indem es sich von selbst versteht, daß erst nach dem Tode des Testirers die Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines Testaments zur Sprache kommt. Der ganze Eingangs-Satz ist etwa so wieder zu geben: Niemand soll die Giltigkeit eines über zehn Jahre vor dem Tode des Erblassers errichteten Testaments behaupten, indem eine so veraltete Verfügung hiedurch für unkräftig erklärt wird (taxetur ist soviel als: aestimetur), zumal da es für den Testirer ein Leichtes ist, wenn er bei seinem Willen wirklich beharrt, seine alte Anordnung später zu wiederholen.

70) S. *Jac.* Gothofredus in comment. ad h. l. Marckart interpr. Lib. II. Cap. I. §. 5. p. 175. Cannegieter l. l. p. 36.

her nichts weniger als einig. Jac. Gothofredus erklärt dieselben so: es lasse sich kaum denken (wolle der Kaiser sagen), daß nicht innerhalb eines so langen Zeitraums alle Zeugen durch den Tod dahin gerafft seien, und darum habe er diesen Zeitraum als den längsten angenommen (se tempora haec contraxisse, i. e. coangustasse), binnen welchem ein Testament seine Kraft behalten solle [71]); dabei wird denn vorausgesetzt, daß die Partikel non ausgefallen sey, also gelesen werden müsse: Vix enim fieri potest, ut *non* per haec tempora u. s. w., indem sonst der ganze Satz sinnlos seyn würde. Auch meint er, daß Honorius von der falschen Vorstellung ausgegangen sey, ein Testament verliere seine Wirkung, wenn kein Testamentszeuge mehr vorhanden sey [72]). Hierin hat er wenig Beistimmung gefunden [73]), und in der That ist diese Annahme auch ganz unnöthig.

71) Gegen diese Darstellung bemerkt CANNEGIETER l. l. „Male *Gothofredus* tempora, quae contraxisse et arctasse dicitur Honorius, ipsum decennium interpretatur; non enim decennium contraxit, sed spatium, quod olim valebat, testamenti, porrigebaturque usque ad mortem, arctavit in decennium.“ Indessen läuft das wohl in der Sache auf Eins hinaus, ob man sagt: es sey das Decennium als der längste Zeitraum angenommen, oder: es sey die Zeit, welche möglicherweise zwischen der Errichtung des Testaments und dem Tode des Erblassers liegen könne, hinsichtlich der Geltung des Testaments auf ein Decennium beschränkt.

72) „Exinde colligitur, Honorium pro certo posuisse, si testes omnes testamentarii mortui fuerint, testamentum irritari oportere.“

73) S. MARCKART l. l. p. 175 in f. sq. CANNEGIETER l. l. p. 37.

Schon früher legte man ein Gewicht darauf, daß Zeugen vorhanden seien, welche die Siegel recognosciren und überhaupt die Testamentshandlung bezeugen könnten, ohne daran gerade die Folge zu knüpfen, daß der Mangel aller Zeugen das Testament wirkungslos mache[74]). Durch die Aussagen der Testamentszeugen wird den Zweifeln und Streitigkeiten am ersten begegnet, welche sonst so leicht entstehen können und auch durch comparatio literarum nicht wohl ganz beseitiget werden[75]); darum will denn der Kaiser, daß nach Verlauf der Zeit, binnen welcher wahrscheinlich alle Zeugen bereits mit Tode abgegangen sind, das Testament ungiltig werden soll. — Mehr Beifall hat dagegen der Emendationsvorschlag gefunden[76]); nur Marckart ist der Meinung, daß das Einschieben eines Non mit den Worten: quae fidei amore *contraximus* unverträglich sey. Der Kaiser wolle nämlich sagen: er habe darum den kurzen Zeitraum eines Decennium angenommen, weil innerhalb dieses doch wohl schwerlich alle Zeugen mit Tode abgegangen seien[77]).

74) L. 3. §. 9 D. *de tabul. exhib.* (XLIII. 5). — L. 6 D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 31).

75) Nov. 73. Cap. 7. — *Chr. Frid.* Glück Diss. de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos, instit. (Hal. 1777) §. 7, auch in den opusculis Fasc. I. Nr. 8 u. das. besonders p. 73 sqq.

76) Auch Wenck in seiner Ausgabe der fünf ersten Bücher des Theod. Cod. billigt ihn, Note o. pag. 207 sq. — Cannegieter schlägt vor das *non* nicht zwischen ut und per sondern vor *omnem* einzuschieben, indem sich das Ausfallen des non leichter erklären lasse, wenn ursprünglich etwa geschrieben worden wäre: ō (i. e. *non*) omnem.

77) Marckart l. l. p. 177.

Diese Erklärung ist scharfsinnig und erspart die doch immer etwas gewaltsame Kritik, ohne handschriftliche Auctorität eine Verneinungspartikel einzuschieben; dagegen paßt freilich die Gothofredische Interpretation besser zu dem Zusammenhange des Ganzen. Zu welcher Ansicht man sich übrigens auch bekenne, der Hauptgedanke bleibt immer der nämliche: da es nach Ablauf des Decenniums leicht an Beweismitteln fehlen dürfte, so mag Jeder bei Zeiten auf Errichtung eines neuen Testaments bedacht seyn, wenn er nicht Intestaterbfolge eintreten lassen will. Wie aber der Kaiser überhaupt auf diesen Gedanken gekommen sey? darüber hat man sich sehr gewundert, indem es doch nicht üblich ist, daß man lauter alte und abgelebte Leute als Testamentszeugen zuzieht[78]. Gothofredus meint daher, die häufigen Kriege in jener Zeit hätten das Leben so unsicher gemacht, daß man dem Kaiser wohl seine Voraussetzung zu Gute halten dürfe[79]. Dagegen nennt er den am Schluß hinzugefügten Grund: es sey nicht recht, daß ein so altes Testament ein letzter Wille genannt werde, eine **ratio Jurisconsulto omnino indigna**, und allerdings dachte Ulpian hierüber anders, indem er sagt: **supremas (Praetor sequitur tabulas), h. e. eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint;** ***supremae enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt; sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint***"[80]. Doch giebt er zu, daß des Menschen Sinn veränderlich sey, indem er zugleich an die bekannte Bemerkung des Plinius (über

78) Cannegieter l. l. p. 36.

79) Eben so Wenck a. a. O. (Note o.) p. 208.

80) L. 1. §. 1 D. *de B. P. sec. tab.*

das Testament des Fannius) erinnert: Decessit veteri testamento, *omisit, quos maxime diligebat, prosequutus est, quibus offensior erat*" [81]). Und gewiß können leicht solche Umstände eintreten, welche es mehr als wahrscheinlich machen, daß Jemand kurz vor seinem Ableben ganz anders verfügt haben würde, wie vor einer Reihe von Jahren [82]); ändern könnte er zu jeder Zeit das früher errichtete Testament, aber vielleicht hindern ihn daran gewisse Rücksichten, oder auch wohl Vergeßlichkeit. Indessen scheint doch in der That die Fürsorge des Gesetzgebers etwas zu weit getrieben, wenn darum das Testament nach einiger Zeit von selbst seine Wirkung verlieren soll, zumal da der Grund (welchen K. Honorius im Eingange seiner Constitution anführt), daß es ja Jedem freistehe, noch einmal zu testiren, viel eher die Präsumtion rechtfertigt, der Testirer

81) Plinii epistolar, Lib. V. ep. 5.

82) „Fac, sagt Cannegieter a. a. O. S. 37, Maevium, natum quatuordecim annorum, fecisse testamentum. Heredem scripsit patrem, matrem, fratres, sorores, aliosve propinquos, legata impertit amicis. Mox ad uxorem, forum, ad honores animum appellit, aliosque atque alios consuetudine vitae, morum similitudine, studiorum in republica gerenda conjunctione, amicos comparat, propinquos novos ex propinquorum nuptiis u. s. w. Rem fecit amplissimam. Moritur Maevius annos natus 60. — Amissi propinqui omnes, qui nominati, ex amicis — vix unus atque alter superstes. Quid, putasne hunc eandem habere voluntatem in senecta, quam habuerat adolescens?" Schwerlich. Allein was könnte ihn in dem angenommenen Falle auch wohl abhalten, das früher errichtete Testament aufzuheben oder abzuändern?

sey bei seiner ungeändert gelassenen Disposition beharrt; als die Voraussetzung, daß aus Rücksichten oder Vergeßlichkeit die Aenderung unterblieben sey.

Justinian hob nun die Constitution des Honorius wieder auf, ohne gleichwohl das alte Recht ganz wieder herzustellen. Seine desfallsige Verordnung findet sich in dem Constitutionen-Codex als L. 27 C. *de testamentis* (VI. 23) und lautet wie folgt:

„*Imp. Justinianus A. Juliano Praef. Praet.* Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, *et post ejus confectionem decennium profluxerit*, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? quemadmodum enim qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficiatur? Sin autem *in medio tempore* contraria testatoris voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, *et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum*, tunc irritum est testamentum *tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.* Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super hujusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. *Dat. XV.*

Kalend. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Conss." (530)[83]).

Nach der gemeinen und, wie ich glaube, auch richtigen Erklärung dieser Stelle, hat der Kaiser hier angeordnet, daß ein Testament weder allein durch den Ablauf von zehn Jahren vernichtet seyn solle, noch allein durch den entgegenstehenden Willen des Testirers, sondern entweder a) nur durch ein neues vollständiges Testament, oder b) durch einen Widerruf vor nicht weniger, als dreien Zeugen oder zu richterlichem Protocoll, in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren[84]); (wobei hier noch un-

83) Die Basiliken geben die Stelle sehr kurz und zugleich durchaus verändert wieder: ein Testament soll durch den Ablauf von zehn Jahren nicht aufgehoben werden können, sondern nur durch eine neue vollständige letzte Willensordnung. (T. IV. p. 770 ed. *Fabr.*) Dadurch ist also das frühere Recht ganz wieder hergestellt. (Denn natürlich darf die Stelle nur von der Aufhebung durch Verbalruption verstanden werden).

84) Diese Ansicht findet sich im Ganzen bei den Glossatoren, wie bei den meisten Schriftstellern der folgenden Zeit, den Theoretikern wie den Practikern, so daß Abweichungen höchst selten sind. Ich will hier nur folgende Schriftsteller aus neuerer Zeit nennen: *A.* Faber Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI; *A.* Merenda controv. jur. Lib. III. Cap. 44. 45. Hannesen Diss. I. de rev. test. *Jac.* Voorda Elector. Cap. XXVIII. p. 289. Püttmann interpr. et observat. Cap. XXVII. p. 126. *Herm.* Cannegieter obs. jur. Rom. Lib. I. C. V. Schott comment. cit. Cap. IX. p. 83. *Pet.* Greve diss. cit. §. 10. Rodatz de verbali testamentor. revocatione §. 14. — Ferner: die Institutionencommentarien von Bachov, Vinnius und Otto zu §. 7 (6). Inst. quib. mod. test. infirm. *Jo.* Voet ad Pand. h. t. §. 1. *Sam.* Stryk in usu mod. ad Pand.

entschieden gelassen werden soll, ob die zehn Jahre von der Errichtung des Testaments oder von der Zeit des Widerrufs an zu nehmen seien?). Indessen fehlt es auch der Meinung nicht ganz an Anhängern, daß der Ablauf von zehn Jahren überall nicht erforderlich sey, sondern der bloße Widerruf genüge, wenn er nur entweder vor drei Zeugen oder ad acta erklärt sey. Ihr scharfsinnigster Vertheidiger ist Joh. Wilh. Marckart[85]). Seine

h. t. §. 7 und in Cautel. testam. Cap. 24. §. 36. Höpfner im Institutionen-Commentar §. 518. Not. 6. — Sodann von den Lehrbüchern: Hellfeld in diesem §., Thibaut System des Pandektenrechts Bd. II. §. 979. Günther princ. jur. Rom. T. II. §. 791. Nr. A. Schweppe das röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung, Ausg. von Mejer Bd. V. §. 869. S. 237. Hufeland Lehrb. des Civilr. Bd. II. §. 1299. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 677. Nr. a. von Wening-Ingenheim System des Civilr. Buch V. §. 107. Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 780. Nr. II. Hartitzsch das Erbrecht nach röm. u. heutigem Rechte §. 419. Warnkönig comment. jur. Rom. noviss. T. III. §. 1036. S. 306. Haimberger jus Rom. privatum idque purum (auch deutsch bearbeitet unter dem Titel: reines röm. Recht nach den Quellen u. Auslegern Wien 1835) §. 734.

85) Interpr. recept. jur. civ. lection Lib. II. Cap. I. §. 6. p. 177 sqq.; mit Berufung auf *Zach.* Huber Rer. judicatar. P. I. obs. 66. Etwas schwankend erklärt sich für die Marckart'sche Meinung auch Weber zu Höpfner §. 518. Note 6 a. E. Er beruft sich dafür auch auf L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* Allein das „heres, qui non habet voluntatem (testatoris), per exceptionem doli repellitur," ist auf blos wörtlichen Widerruf nicht zu beziehen. S. oben Note 54. S. 263 und die Note 86 der folgenden Centurie.

Gründe sind 1) der Kaiser erkläre am Schlusse der Constitution: er wolle das Gesetz des Honorius ganz und gar (penitus) abgeschafft haben[86]). Dagegen braucht nicht einmal erinnert zu werden, daß darüber, was und wieviel von dem früheren Recht der Gesetzgeber abgeschafft habe, doch immer nicht eine so allgemein gehaltene Erklärung, sondern nur der Inhalt des neuen Gesetzes entscheiden könne. Denn in der That durfte der Kaiser auch sagen: er habe die Bestimmung des Honorius, wonach ein Testament durch den Ablauf eines Decennium von selbst aufhöre zu gelten, vollständig abgeschafft. — 2) Die Anordnung: zu dem Widerruf solle noch der Ablauf von zehn Jahren hinzutreten, würde noch sonderbarer seyn, als das Gesetz des Honorius. Für dieses lasse sich doch Manches anführen, werde aber ein Widerruf überhaupt berücksichtiget, so sey nicht abzusehen, wozu es jetzt noch des Zeitablaufs bedürfe. — Daß die Justinianische Bestimmung allerdings eine höchst seltsame sey, wird auch von Vertheidigern der entgegenstehenden Ansicht nicht verkannt[87]). Offenbar würde Justinian auf

86) Auffallend kann es scheinen, daß der Kaiser am Schlusse von mehreren Constitutionen spricht, welche vom Widerruf der Testamente handelten, und die jetzt nicht mehr gelten sollten. Soviel wir aber wissen, gab es über die Vernichtung eines Testaments durch bloßen Zeitablauf nur die eine Constitution von Honorius. Wahrscheinlich hatte der Kaiser hier die oratio D. Pertinacis und überhaupt alle früher bestehende Vorschriften über die rechtliche Möglichkeit Testamente durch Willensänderung aufzuheben vor Augen. Denn allerdings hob er auch den früheren Grundsatz auf, daß durch bloßen Widerruf ein Testament überall nicht zerstört werden könne.

87) So z. B. von Höpfner a. a. O., welcher ebenfalls der Meinung ist, daß K. Justinian durch seine Neue-

das Decennium überall nicht gekommen seyn, hätte er darüber nicht eine Bestimmung vorgefunden, und es ist schwer zu rechtfertigen, daß er die von Honorius daran geknüpfte Folge aufhob und nichtsdestoweniger den Zeitraum noch berücksichtigte[88]). Indessen kann doch Inconsequenz des Gesetzgebers und Mangel an einer guten ratio legis kein Grund seyn, eine sonst deutliche Gesetzes-Bestimmung einzuschränken oder gar für unanwendbar zu erklären. — 3) Justinian (fährt unser Gegner fort) hob die Verordnung des Honorius aus dem Grunde auf, daß ein bloßer Zeitablauf dem Rechtsbestande der letztwilligen Verfügung nicht nachtheilig werden dürfe, indem nicht abzusehen sey, weshalb nicht nach wie vor gelten solle, was der Testator nicht aufgehoben habe. Hieraus folgert er denn, daß nach der Absicht des Kaisers ein entgegenstehender Wille des Testirers unbedingt zu berücksichtigen sey, oder, wie er sich ausdrückt, daß der Kaiser wirklich Folgendes habe sagen wollen: **Quod enim mutatur, quare stare jubetur? et quemadmodum, qui testamentum fecit, et illud postea stare noluit, testatus efficiētur?** Allein, wenn man auch von dem sonstigen Inhalt der Stelle absehen will, so

rung die Sache noch schlechter gemacht habe, wie Honorius.

88) Allenfalls liesse sich folgender Grund dafür anführen: der Kaiser wollte die alte Rechtsregel, daß Testamente durch Widerruf nicht vernichtet werden, keineswegs aufheben, sondern nur ausnamsweise, oder unter großen Beschränkungen, eine Abweichung davon zulassen. Aufgehoben hätte er sie, wenn er simpliciter die Aufrufung vor drei Zeugen oder ad acta gestattet hätte; die hinzugefügte Beschränkung bewirkt aber, daß wohl schwerlich von dem Gesetz ein häufiger Gebrauch gemacht wird.

beruht dieser Schluß doch auf gar unsicherem Grunde; der Kaiser verwirft die Annahme einer stillschweigenden Aufhebung durch bloßen Zeitablauf, weil was ungeändert geblieben sey, auch nicht für aufgehoben gehalten werden könne. Hat er denn dadurch etwas über die Art und Weise bestimmt, wie der entgegenstehende Wille soll ausgesprochen werden dürfen? Gewiß nicht. Wohl aber hat der Kaiser ausdrücklich festgesetzt, daß nicht ein bloßer Widerruf genüge, sondern die Aufhebung des Testaments entweder nur durch ein neues vollständiges Testament, oder durch eine gerichtliche oder vor drei Zeugen erfolgte Erklärung in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren geschehen könne. Dagegen bemerkt aber Marckart 4), der Kaiser halte zwar den Ablauf von zehn Jahren nicht genügend, sondern er fordere ausserdem noch den förmlichen Widerruf, daraus folge aber nicht, daß er ausser dem Wiederruf auch noch das Decennium für nöthig erachte. „**Praesumtionem sustulit Justinianus, exigens expressam revocationem praeter decennium; e contrario vero non exegit decennii lapsum praeter revocationem.**" Allerdings erfordert er Beides, Widerruf und den Ablauf von zehn Jahren (*et* **decennium fuerit emensum**), und zum Ueberfluß wird noch hinzugefügt, daß auf diese Weise das Testament durch das Zusammentreffen des entgegenstehenden Willens seines Urhebers und des Zeitablaufs vernichtet werde. Marckart will mit Zach. Huber die Erwähnung des Decennium nur hypothetisch verstanden wissen, d. h. der Kaiser habe hier an den Fall gedacht, wenn das Testament schon zehn Jahre alt ist, und nun die Frage entsteht, ob es aufgehört habe zu gelten? Nein, antworte der Kaiser, es muß ausserdem auch noch ein Widerruf

hinzutreten. — Nun liessen sich allenfalls die Schlußworte: „**Aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo modo patimur**“ hypothetisch verstehen; allein gerade die Dispositivworte der Constitution sind so klar und bestimmt, daß es nach Regeln der Sprache und der Logik in der That ganz unmöglich ist, ihnen nur eine bedingte Geltung zuzugestehen. Vergeblich beruft sich daher Marckart auch darauf, daß Justinian ja nur das frühere Recht wieder hergestellt habe, wonach ein erweislicher Widerruf das Testament stets aufgehoben habe. Wäre diese Voraussetzung auch wirklich gegründet, so würde dies doch hier, wo der gesetzliche Ausdruck nicht zweifelhaft, sondern durchaus unzweideutig und bestimmt ist, in keinen Betracht kommen. Indessen dürfen wir ohne Bedenken annehmen, daß bis auf Justinian's Constitution der bloße Widerruf eines Testaments überall keine Wirkung hatte, was selbst durch diese Constitution noch einige Unterstützung erhält. Justinian schreibt eine bestimmte Form für diesen Widerruf vor; wie sollte er hierauf gekommen seyn, wäre selbst schon nach älterem Rechte jeder nur erweisliche Widerruf wirksam gewesen? Offenbar wollte er die Möglichkeit erleichtern, ein Testament zurückzunehmen ohne es zu vernichten. Aber er berücksichtigte zugleich die förmliche Natur des Geschäfts und die Regel: **nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est**; nur daß er eine leichtere Aufhebungsform für den Fall substituirte, wenn auch noch der Ablauf des Decennium hinzutrete (s. oben Note 88).

Gerne hätte übrigens der Kaiser noch einen Schritt weiter gehen, und einen erweislichen Widerruf ohne alle

sonstige Erfordernisse für genügend erklären können. Es ist ja nicht gerade nothwendig, daß die Regel: **nihil tam naturale est u. s. w.** unabweichlich zur Anwendung komme, und zu welchen Unbilligkeiten eine strenge Consequenz hier leicht führen kann, beweist der von Marckart[89]) ungefähr in folgender Art vorgetragene Fall: Jemand hat bei seiner Abreise aus dem Vaterlande sein Testament gerichtlich deponirt zurückgelassen. Im Auslande erkrankt er, und da er inzwischen seine Gesinnung in Beziehung auf den Testamentserben geändert hat und es bei der Intestaterbfolge zu lassen wünscht, allein Zeit und Umstände keine förmliche Testamentshandlung gestatten, eben so wenig auch eine Zerstörung des Testaments möglich ist, so erklärt er vor drei fähigen Zeugen: das Testament solle nicht gelten, sondern die Intestaterbfolge eintreten. Da nun aber von Zeit der Testamentserrichtung bis zum Widerruf nur 6 Jahre verflossen waren, so konnte bei einer buchstäblichen Anwendung der **L. 27 C.** ***de testam.*** der Widerruf nicht beachtet werden. Gewiß sind dergleichen Fälle sehr geeignet, die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber in Anspruch zu nehmen, damit nicht das wahre Recht unnöthigen Formen oder übergroßer Consequenz weichen dürfe. Für den Juristen ist dies aber immer kein Grund, sich über bestehende Gesetze hinweg zu setzen; da wo Justinian's Constitution wirklich gilt, mußte also das aufgerufene Testament freilich für fortbestehend erklärt werden.

Verschieden von der Marckart'schen Ansicht, aber doch im Resultate auf gewisse Weise übereinstimmend, indem sie von einer Präsumtion der Willensänderung ausgeht, ist die von Jac. Gothofredus, welcher glaubt,

89) Marckart l. l. §. 2.

daß die Constitution des K. Honorius noch jetzt in dem Falle zur Anwendung kommen könne, wenn wieder solche Zeitumstände eintreten, wie sie den Kaiser zu seiner Verordnung bestimmten, — wenn eine Unsicherheit und Verwirrung aller Lebensverhältnisse vorhanden ist, welche die Beobachtung der zu einer förmlichen Aufhebung des Testaments vorgeschriebenen Bedingungen schwierig macht, auch leicht den Untergang eines neu errichteten Testaments veranlassen kann[90]. Hier habe man ein Beispiel, daß ein abgeschafftes Gesetz wieder angemessen und anwendbar erscheine, wenn die Lage der Dinge wiederum eintrete, wodurch seine Entstehung motivirt wurde[91]. — Gewiß eine höchst sonderbare Theorie, nach welcher eine Menge abgeschaffter Gesetze und namentlich alle Zeitgesetze von selbst wieder aufleben müßten, sobald die äusseren Verhältnisse wiederkehren, welche ihre Einführung veranlaßten. Mit dem Gesetz selbst ist auch die ratio legis aufgehoben, und überdies ist hier nicht einmal von einer eigentlichen ratio legis die Rede, sondern von äusseren Motiven, worauf, nach jetzt wohl allgemein angenommenen Interpretationsgrundsätzen, eine Fortbildung des Rechts vermittelst consequenter Schlußfolgerungen überall nicht gegründet werden darf[92]. Setzen wir noch hinzu, daß eines Theils der angenommene Bestimmungsgrund des Gesetzes selbst doch immer nur auf einer höchst

90) *Jac.* Gothofredus in comment. ad L. 6. Theod. Cod. *de test. et cod.* in f.

91) „Atque ita exemplum luculentum hic habemus legis quamlibet abrogatae, quae ad suum tempus expensa, eodemque recurrente, haud iniqua videri queat."

92) Hufeland über den Geist des röm. Rechts, oder civilist. Abhandl. Bd. I. Abh. II. S. 19 fgg.

unsicheren Hypothese beruht, anderen Theils aber, wenn doch einmal präsumirt werden soll, eben so gut zu präsumiren ist, daß Jemand bei seinem Willen beharrt sey, als daß er ihn geändert habe: so wird es schwerlich noch anderer Gründe zur Widerlegung dieser Gothofredischen Meinung bedürfen.

Kehren wir nun zu der gewöhnlichen Ansicht zurück, unter deren Vertheidigern freilich wieder manche Meinungs-Verschiedenheiten Statt finden. Berühren wir vorerst nur einige Nebenfragen, welche höchst selten zur Sprache gebracht werden: müssen die Zeugen die Eigenschaft von Testamentszeugen haben, — müssen sie rogati seyn, — ist s. g. unitas actus erforderlich? — Was die erste Frage anbelangt, so nennt Justinian tres testes *idoneos*; da aber dieser Ausdruck auch von tüchtigen Beweiszeugen gebraucht wird[93]), so ist dadurch gar nichts für die Meinung dargethan, daß die Zeugen Testamentszeugen-Qualität haben müssen. Eher kann man sich darauf berufen, daß zum Beweise nur zwei Zeugen gehören, Justinian aber wenigstens drei Zeugen oder gerichtlichen Widerruf erfordere, also eine Rechtsform vorschreibe. Indessen werden auch in anderen Fällen, nicht der Solennität, sondern der größeren Sicherheit des Beweises halber, mehr als zwei Zeugen erfordert[94]), und da es sich sehr wohl erklärt, daß der Kaiser hier, wo das Vorhandenseyn eines an sich zu Recht beständigen und unverletzten Testaments vorausgesetzt wird, einen et-

93) Brissonius de verb. sign. v. *idoneus* §. 3 in f.

94) So werden z. B. fünf Zeugen erfordert zum Beweise der Verwandtschaft (L. 15. §. 1 C. *de testib.* IV. 20.), oder einer geleisteten Zahlung, wenn der Schuldschein sich noch in des Gläubigers Händen befindet (L. 18 *eod.*).

was bündigeren Beweis des Widerrufs verlangt, als gewöhnlich zur Erbringung eines Zeugenbeweises erforderlich ist, so kommt auch dies Argument an und für sich wenig in Betracht, vielmehr würde man sich dagegen auf die Rechtsregel berufen dürfen: jeder Ausdruck ist im Zweifel nach seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen, oder: lege non distinguente nec nostrum est distinguere [95]). Aus diesen Gründen wurde denn auch in einem von Hannesen vorgetragenen Falle, wo sich unter den Zeugen zwei Frauenzimmer befanden, der Widerruf für giltig erklärt [96]). Nichtsdestoweniger halte ich die entgegestehende Ansicht für richtiger. Justinian's Gesetz ist ein rein correctorisches, mithin ist es in dem Sinne zu verstehen, welcher sich von dem bisher gegoltenen am wenigsten entfernt. Nach dem bisherigen Rechte konnte ein Testament nur durch ein neues aufgehoben werden (denn die Neuerung des K. Honorius kommt hier nicht in Betracht). Justinian verordnet nun, daß bedingungsweise ein Widerruf auch vor weniger Zeugen erfolgen könne, als zur Anfertigung eines Testaments nöthig seien. Er hat mithin nur die Zahl der Zeugen eingeschränkt, über die Qualität derselben aber nichts bestimmt, weshalb es denn in dieser Hinsicht bei der Regel bleiben muß, daß Frauen nicht Solennitätszeugen seyn dürfen. Es kommt aber noch hinzu, daß hier überall nicht, wie in anderen Fällen, wo mehr als zwei Zeugen erfordert werden, vom Beweise die Rede, sondern be-

95) S. mein Lehrb. des Pandektenrechts §. 60. Note 7.

96) Hannesen diss. I. de revocat test. §. 13—21. (Eine hier über die Frage sich findende Ausführung: ob Frauen Codizillarzeugen seyn können? wird zu seiner Zeit, §. 1513, berücksichtigt werden).

stimmt ist: die Widerrufshandlung solle vor drei Zeugen geschehen. Die drei Zeugen gehören also wesentlich mit zur Perfection der Widerrufserklärung, oder sie sind Solennitätszeugen [97]); aber sie sind auch nur dies. Daß das Testament vor drei Zeugen widerrufen sey, kann daher auch durch andere Beweismittel, z. B. durch Urkunden oder durch zwei Zeugen dargethan werden [98]), was sich ganz anders verhält, wenn das Gesetz bestimmt: es sollen so oder so viel Zeugen bezeugen, daß ein Rechtsgeschäft auf gewisse Weise zu Stande gekommen sey [99]).

Die zweite Frage (müssen die Zeugen rogirt seyn?) ist in der That eine ganz müssige. — Wenn ein Rechtsgeschäft durch eine Erklärung vor Zeugen seine legale Existenz erhalten soll, so genügt es natürlich nicht, wie wenn blos vom Beweise die Rede ist, daß in Gegenwart der Zeugen etwas erklärt sey, sondern diese müssen wis-

97) Mit Recht nehmen daher Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. Th. III. Tit. XX. §. 2 und die von ihm (Bd. VI. S. 471. Note i) angeführten Schriftsteller an, daß die Zeugen männlichen Geschlechts seyn müssen. Veranlaßt wurden sie zur Erörterung dieser Streitfrage durch die Bestimmung des Wirtemb. Landr. Th. III. Tit. XX. §. 2: ein Testament solle entweder vor Gerichte oder vor vier ehrlichen, hiezu tauglichen Personen widerrufen und solches durch den hinterlassenen Erben genugsam bewiesen werden. Der Ausdruck ist übrigens hier so gewählt, daß er noch eher, als der in der Justin. Constitution gebrauchte, von bloßen Beweiszeugen verstanden werden könnte.

98) Arg. Nov. 73. Cap. 7 pr.

99) S. z. B. L. 18 C. *de testib.* „nisi quinque testes idonei — — — cum sacramenti sui religione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum." —

sen, warum es sich handelt, — sie müssen vor dem Act damit bekannt gemacht werden, daß hier ein Rechtsgeschäft vorgehe, welches sie bezeugen sollen. Nun heißt es in Beziehung auf Codizillarzeugen: eine Rogation sey nicht nöthig[100]). Gewiß kann das nicht bedeuten sollen, daß jede in Gegenwart von fünf Zeugen — vielleicht zufällig — ausgesprochene Erklärung über Gegenstände, welche den Inhalt letztwilliger Dispositionen zu bilden pflegen, ein Codizill sey. Es ist hier vielmehr die Aufforderung der Zeugen durch die feierliche Rogationsformel gemeint[1]). Diese Solennität ist aber schon dem neuesten röm. Recht nicht mehr bekannt, mithin existirt in dieser Beziehung auch kein Unterschied zwischen feierlichen Testamenten und Codizillen[2]); eine Rogation im gewöhnlichen Sinne

100) In einem Zusatz zu einer Constitution von Theodos II. aus d. J. 424 (L. ult. §. 3 C. *de codicillis* VI. 36) heißt es von den Codizillarzeugen: „vel rogati, *vel qui fortuito venerint.*" Der Gegensatz ist aber sicher nicht richtig ausgedrückt, d. h. es läßt sich daraus nicht erklären, worin das rogare eigentlich bestanden habe. Denn auch von den Testamentszeugen sagt Ulpian: „licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere." Wohl aber dürfen wir daraus schliessen: eigentliche Rogation der Codizillarzeugen sey nie nöthig gewesen. Vgl. unten die Note 2.

1) Vgl. hier Bd. 34 d. Comment. §. 1413. S. 288. Doch erfordert die Sache eine besondere Untersuchung, welche unten bei der Lehre von den Codizillen, §. 1513, folgen wird.

2) Daß das rogare testes auch in unseren practischen Rechtsquellen so gebraucht wird, als sey hier von einer noch geltenden eigenthümlichen Form der feierlichen Te-

des Worts ist bei diesen und überhaupt bei allen Rechtsgeschäften, die durch Zeugen solennisirt werden, eben so gut erforderlich, wie bei jenen [3]).

stamente die Rede, darf nicht befremden. Testes rogati adesse debent, war früher eine practisch bedeutende Rechtsregel gewesen. Regeln und Begriffe dieser Art, wenn sie auch ihre materielle Bedeutung verloren hatten, behielt man meistens bei, da ein practisches Misverständniß derselben nicht zu befürchten war. Misgedeutet wurden sie aber freilich wohl bisweilen in der späteren Zeit; s. z. B. L. ult. §. 3 C. *de codicill.* (oben Note 100). Mehr aber noch ist unsere Regel in der kaiserlichen Notariatsordnung Tit. I. §. 3 und von den neueren Schriftstellern misverstanden. Die Streitigkeiten über die Rogation (ob sie nothwendig sey? wem hier die Beweislast obliege? u. dgl. m. S. Bd. 34 des Comment. (S. 289 fg.) sind entweder völlig unnütz, oder sie dürfen doch nicht blos auf feierliche Testamente bezogen werden. Bei Höpfner und Weber heißt es in Beziehung auf Codizille (§. 626): „Daß die Zeugen feierlich rogirt werden, wie bei Testamenten, ist nicht nöthig. — Daß nichts einer Rogation Aehnliches erforderlich sey, kann man wohl nicht behaupten. Denn die Zeugen müssen doch als solche zur Handlung zugezogen seyn. — Wenn ich in einer Gesellschaft von fünf Personen erklärte, daß dies oder jenes nach meinem Tode geschehen solle, ohne sie zu ersuchen, daß sie es als Zeugen anhören möchten, so kann meine Erklärung nicht als ein Codizill angesehen werden." — Aber damit ist ja klar und deutlich ausgesprochen, daß hinsichtlich der Rogation ein Unterschied zwischen Testamenten und Codizillen nicht mehr existire; denn auf die Form der Erbittung kommt entschieden jetzt nichts an.

3) Vgl. hierbei noch Nov. 90. c. 2 und Merenda in den

Die dritte Frage (ist unitas actus erforderlich?) kann hier die practische Wichtigkeit nie erhalten, wie in Beziehung auf Testamente, indem das Einmischen fremdartiger Rechtsgeschäfte und längere Unterbrechungen bei dem bloßen Widerruf eines Testaments schwerlich leicht vorkommen werden. Daß die Widerrufserklärung ebenfalls nicht vor jedem Zeugen besonders geschehen darf, und daß sie deutlich, bestimmt und zusammenhängend seyn muß, versteht sich ganz von selbst. Im Uebrigen bin ich allerdings mit Hannesen der Meinung, daß die s. g. unitas actus hier nicht als eigentliches Erforderniß zu betrachten sey, wie bei Testamenten[4]); denn, ist gleich die Justinianische Widerrufungsform daraus zu erklären, daß es früher sogar eines neuen Testamentsacts zur Aufhebung einer letztwilligen Disposition bedurfte, so läßt sich doch immer der bloße Widerruf nicht als eigentliche testamentarische Verfügung ansehen.

Streitiger, wie das Bisherige, ist aber die Frage: ob das Decennium von Zeit der Errichtung des Testaments, oder von Zeit der Widerrufserklärung an zu rechnen sey[5])? Diejenigen, welche Letzteres annehmen, stü-

controvers. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 7. 8. — Hannesen l. l. §. 22 verneint die Nothwendigkeit einer Rogation der Widerrufszeugen aus dem Grunde, weil sie auch bei Codizillen nicht nöthig gewesen sey. S. hierüber die vor. Note. Etwas besser vertheidigt die richtige Meinung Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. Bd. VI. S. 471. Note k.

4) Hannesen l. l. §. 23.

5) Es giebt noch eine dritte Meinung, nach welcher ein Widerruf überhaupt erst möglich seyn soll, nachdem zehn Jahre seit Errichtung des Testaments verflossen sind, in welchem Falle denn aber die Revocation sofort wirken

hen sich a) auf den Zusammenhang der Dispositivworte. Es heisse: „Sin — — — hoc vel per testes idoneos u. s. w. manifestaverit *et decennium fuerit emensum*," was doch wohl am einfachsten so zu verstehen sey: wenn er seinen entgegenstehenden Willen erklärt hat und hierauf zehn Jahre verflossen sind; b) auf die Erklärung des Kaisers, daß das Decennium für sich nichts mehr bedeuten solle, woraus denn gefolgert

soll. Diese Meinung wird aber selten noch erwähnt und hat überhaupt wenig Anhänger gefunden. (S. SCHÖTT comment. de post. testam. imperfecto Cap. IX. p. 82). Auch in der Accursischen Glosse sind nur jene beiden Meinungen erwähnt (s. den Casus ad h. l. u. gl. *fuerit* d.), in den Dissensiones Dominorum von Hugolinus aber scheint wenigstens beiläufig auf die dritte Meinung hingedeutet zu seyn: „Item differunt in L. *Sancimus* (27), ubi dicitur, quod si testator fecerit testamentum u. s. w. Dicunt Quidam, quod decennium debet transcurrere tantum post talem manifestationem et contrariam voluntatem. Sed Dominus *Azo* contra, et dicit, quod sufficit, si transeat a tempore conditi testamenti decennium, et ita, *si postea* testator dicat, se nolle id valere, coram testibus tribus id exprimendo vel inter acta, irritum fiet testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Quod ergo dicitur: *et decennium fiat* (fuerit) *emensum*, subaudiebat ipse ante mortem testatoris, post factum tamen testamentum, ut dictum est. Sed Alii dicunt, ante mortem et post ostensam contrariam voluntatem. Azonis tamen melius placet opinio, refutata opinione superiorum et ultimorum." S. *Gust.* HAENEL Dissensiones dominorum s. controversiae veterum juris Romani interpretum qui glossatores vocantur. (Lips. 1834) p. 449 sq.

wird, daß es überhaupt erst anfangen könne zu wirken, nachdem die Widerrufserklärung erfolgt ist[6]). — Indessen bestimmt der Gesetzgeber ja nur, daß der Zeitablauf allein, oder ohne den Widerruf, nicht weiter wirksam seyn solle. Beide sollen zusammentreffen; das aber ist immer der Fall, wenn von der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testirers zehn Jahre verflossen sind. Das Sonderbare und Auffallende, welches ohnehin in dieser Verordnung liegt, wird offenbar noch vermehrt, wenn man den der Revocation vorangehenden Zeitraum überall nicht berücksichtigen, sondern die Wirksamkeit des Widerrufs erst davon abhängen lassen will, daß der Erblasser zehn Jahre bei seiner zuletzt ausgesprochenen Meinung beharrt. Entscheidend ist hier aber, daß das Decennium ausser Zweifel aus der Constitution des K. Honorius beibehalten ist: allein soll es nicht mehr wirken, sondern nur in Verbindung mit dem Widerruf. Da nun in dieser Constitution der terminus a quo die Zeit der Testamentserrichtung ist, so darf im Zweifel auch eine Aenderung dieses Zeitpuncts nicht angenommen werden. Es kommt aber hinzu, daß es im Eingange der Justinianischen Verordnung ausdrücklich heißt: der Ablauf eines Decennium seit der Errichtung des Testaments („*si post ejus confectionem decennium profluxerit*") solle allein das Testament nicht zerstören. Wenn alsdann weiter bestimmt wird, was denn ausserdem noch hinzutreten müsse, damit das Testament für ungiltig zu halten sey, so versteht sich wohl von selbst, daß dies auf keinen anderen Zeitraum, als den zuerst genannten, bezogen werden dürfe. Dagegen kommt denn

6) S. Joh. Friedr. Hertel's politische Thee- und Caffe-Tassen Nr. XLVII. b. S. 138.

die oben erwähnte Verbindung der Dispositivworte in keinen Betracht. Eine Zweideutigkeit derselben ist nur vorhanden, wenn man sie losgerissen von dem Uebrigen betrachtet, sie verschwindet aber, wenn man die Vorschrift ihrem vollständigen Zusammenhange nach würdigt[7]). — Aus diesen Gründen hat denn die Ansicht, das Decennium sey von der Testamentserrichtung anzunehmen, von jeher die meisten Vertheidiger gehabt[8]).

7) Man pflegt sich hier auch wohl noch, und wie ich glaube mit Recht, darauf zu beziehen, daß der Kaiser sagt: „Si *in medio tempore* contraria testatoris voluntas ostenditur," d. h. entweder: wenn der Testirer in der zwischen der Testamentserrichtung und seinem Tode liegenden Zeit seinen entgegenstehenden Willen ausdrückt, oder: wenn er sich vor Ablauf des Decennium erklärt. In beiden Fällen wird die richtige Erklärung dadurch unterstützt.

8) Es mögen hier nur genannt seyn: die Note 5 angeführte Stelle aus den Dissensiones dominorum, ferner, die bei Hertel a. a. O. S. 137. Nr. a citirten Schriftsteller, sodann *Ant.* Merenda controversiar. jur. Lib. III. Cap. XL. Nr. 3; ferner Hannesen diss. I. de revoc. test. §. 7—12. — Joh. Gottfr. Sammet Hermeneutik des Rechts, herausgegeb. von Born S. 193 fg. (welcher sich übrigens mit Unrecht auf die Basiliken beruft, da sie zur Erklärung von Justinian's Gesetz gar nichts beitragen. S. oben Note 83). Endlich die meisten Lehrbücher (s. die oben Note 84 angeführten Stellen). Indessen macht mein eignes zur Zeit noch eine Ausnahme; es ist daselbst die hier verworfene Meinung vorgetragen. Diese ist übrigens auch in das Baiersche Landrecht eingegangen. Es heißt daselbst (Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 4) „Seynd deren Gezeugen — wenigst drei gewesen, so gilt der Widerruf — — — quoad institutionem vel substitutionem andergestalt nicht, als

Eine der Hauptcontroversen in dieser Materie bezieht sich aber auf die Frage: ob denn nicht ein Widerruf vor sieben Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren zur Aufhebung des Testaments genüge? Die bejahende Meinung hat sehr viele Vertheidiger gefunden, welche dieselbe bald ganz unbeschränkt, bald unter gewissen Distinctionen annehmen. Ausser manchen älteren Schriftstellern[9]) gehören von den Neueren vorzüglich hieher: Reinh. Bachov[10]), Ulr. Huber[11]), Joh. Andr. Hannesen[12]), Joh. Ludw. Ernst Püttmann[13]), Aug. Friedr. Schott[14]), Pet. Greve[15]), Pet. Andr. Rodatz[16]). Im Allgemeinen sucht man diese Ansicht so zu begründen: da einer allgemeinen Regel zufolge ein Verhältniß so aufgelöst werde, wie es entstehe, Testamente aber vor sieben Zeugen errichtet werden, so müsse man sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen entkräften können. Häufig macht man diesen Grundsatz ohne alle Einschränkung geltend, d. h. man läßt einen bloßen Widerruf für alle Arten der Testamente, für schrift-

wenn von Zeit des Widerrufs zehn Jahr verflossen seynd."

9) Z. B. Bartolus in comment. ad L. 18 D. *de leg.* III. Nr. 3. Baldus ad L. 27 C. *de test.* Nr. 2.

10) Ad §. 6 (7) Inst. *de test.* Nr. 2.

11) *Ulr.* Huber ad Inst. tit. *quib. mod. test. infirm.* §. 8—10.

12) Diss. II. de testamenti revocatione §. 4—12.

13) Interpret. et observat. Cap. XXVII. p. 127—131.

14) Comment. cit. in opuscul. p. 82 sqq.

15) Diss. de mutat. et revoc. test. §. 9.

16) Diss de verbali test. rev. §. 4 sqq.

liche wie für mündliche Testamente zu [17]. Manche dagegen wenden die Regel: naturale est, eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est mit etwas mehr Consequenz an. Sie erfordern nämlich entweder a) eine bestimmte Erklärung darüber, daß Intestaterbfolge eintreten solle [18]), oder b) sie lassen den Widerruf nur bei mündlichen Testamenten zu, da eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart des schriftlichen Testaments nicht entspreche [19]).

Daß indessen auf die Zahl der Zeugen nichts ankomme, ergiebt sich sehr bestimmt aus den Worten des Gesetzes selbst. Der Kaiser verlangt ausdrücklich eine Erklärung vor nicht weniger als drei Zeugen, und ausserdem noch den Ablauf eines Decennium. Die Zuziehung einer größeren Anzahl von Zeugen kann also die Wirkung des Widerrufs nicht verstärken; nur weniger als drei dürfen es nicht seyn. Die obige Regel wird hier ganz falsch angewandt. Vor sieben Zeugen kann man ein Testament errichten; aber ein Testament erfordert Erbeseinsetzung [20]), ohne eine solche ist also eine dem Entstehungsact entspre-

17) So Hannesen, Püttmann, Schott.

18) So Bartolus l. l. und *Alex. de* Imola ad L. 27. Nr. 9 C. *de test.*

19) Z. B. Bachovius l. l. Nr. 2; auch Huber l. l., welcher sich sehr unbestimmt äussert, scheint diese Meinung zu haben. — Eine besondere, aber nicht inconsequente, Ansicht hat *Pet.* Greve diss. cit. §. 9. p. 35. Auch ein schriftliches Testament könne durch eine vor 7 Zeugen schriftlich erfolgte und von den Zeugen unterschriebene und besiegelte Erklärung aufgerufen werden.

20) §. 34 J. *de legat.* „— testamenta vim ex heredis institutione accipiunt."

chende Handlung überall noch nicht vorhanden [21]). Darum ist denn auch der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten hier ganz bedeutungslos. Eher kann man auf die Art der Erklärung ein Gewicht legen. Denn da es zur Erbeseinsetzung keiner bestimmten Form bedarf [22]), so läßt sich dies allenfalls als eine Einsetzung der Intestaterben erklären. Freilich wäre dagegen noch zu erinnern: eine Erbeseinsetzung erfordere doch immer eine positive Erklärung des Erblassers, daß er sich einen Erben ernennen wolle, die Aeusserung des Erblassers aber: er wolle sein Testament hiermit widerrufen haben und Intestaterbfolge eintreten lassen, habe im Wesentlichen doch nur eine negative Richtung. Dennoch würde ich mich als Richter für die Giltigkeit des Wider-

21) Manche Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung lassen sich auf diesen Grund gar nicht ein. Hannesen führt zwar die „legitima heredis institutio" als nothwendiges Requisit eines eigentlichen Testaments an, meint aber, daß in jedem Widerruf immer eine stillschweigende Erbeseinsetzung liege (l. l. §. 5 und daselbst die erste Note). Indessen begreift man nicht, wie dies mit der in der ersten Dissertation vertheidigten Ansicht dieses Schriftstellers zu vereinigen ist, daß die Widerrufszeugen auch weiblichen Geschlechts seyn dürfen, daß eine Rogation derselben nicht nöthig sey, und eben so wenig Einheit der Handlung. Kurz in der ersten Dissertation sucht er den Unterschied zwischen einer Testaments- und einer Widerrufs-Handlung darzuthun, hier dagegen ist er zu zeigen bemüht, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen in jeder Hinsicht als ein wahres Testament betrachtet werden müsse. Auch beruht dies ganze Argument auf einer petitio principii; es wird als erwiesen vorausgesetzt, was doch noch eines Beweises bedarf.

22) L. 15 C. *de test.* (VI. 23).

rufs entscheiden; denn da es nicht an Gründen fehlt, einen solchen Widerruf so auszulegen, daß er als Einsetzung der Intestaterben betrachtet werden kann, so läßt sich hier die Regel anwenden, daß im Zweifel allemal für die Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen zu sprechen ist[23]. Cautel bleibt es indessen immer, sich bestimmt zu erklären, statt sich auf die liberalen Interpretations-Grundsätze eines künftigen Richters zu verlassen[24].

Noch giebt es eine besondere Meinung, wonach zwar der Widerruf von drei Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren unwirksam seyn, dagegen der gerichtliche Widerruf sofort seine Wirkung äussern soll[25]. Diese Meinung gründet sich darauf, daß ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleich stehe, eine Erklärung vor Gericht aber nicht weniger gelten könne, indem ja durch gerichtliche Verlautbarung eben so gut, als vor

23) Arg. L. 10 pr. D. *de inoff. test.*

24) Meistens wird die hier vertheidigte Meinung von ihren Anhängern ohne alle Einschränkung angenommen, d. h. man findet auch in der ausdrücklichen Erklärung, es solle Intestaterbfolge eintreten, keine stillschweigende Erbeseinsetzung. S. *A.* Faber Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI. *Ant.* Merenda controvers. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Vinnius ad §. 7 J. *quib. mod. test. infirm.* Nr. 1 sqq. *Sam.* Stryk in cautel. testam. Cap. XXIV. §. 36. Höpfner in Comment. §. 518. Not. 6. Nr. 2. Schweppe das röm. Privatr. Ausg. von Wilh. Mejer Bd. V. §. 869. S. 237. — Dasselbe meint auch wohl Thibaut, wenn er sagt: „Vor dem Ablauf von zehn Jahren ist selbst der Widerruf vor 7 Zeugen unzulässig" (Pand. R. Bd. II. §. 975 d. 8. A.). Unzulässig ist der Widerruf nicht, nur nicht wirksam.

25) Rodatz Diss. cit. §. 9.

sieben Zeugen die Errichtung von Testamenten möglich sey. Was Justinian über die Nothwendigkeit eines Ablaufs von zehn Jahren bestimme, dürfe daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf die privatim vor drei Zeugen erfolgte bezogen werden. — In der That aber ist diese Interpretation von allen die willkührlichste; die Bestimmung wegen des Ablaufs eines Decenniums steht gerade mit der Aeusserung über den Widerruf ad acta in der unmittelbarsten Verbindung, so daß es ganz unmöglich ist, jene Bestimmung hierauf nicht, sondern nur auf die vorhergehende Aeusserung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Das Wahre an dieser Ansicht ist: daß eine Erklärung ad acta nicht weniger, als die vor 7 Zeugen gelten könne; aber hierin liegt noch ein Argument mehr für die Meinung, daß der bloße Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht vernichte [26]).

Gilt nun aber irgendwo der Satz, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen das Testament ohne Weiteres rumpire [27]), oder läßt sich dies wegen der Beschaffenheit der Willenserklärung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen annehmen (s. oben S. 294 fgg.), so erfordert die Consequenz, auch hier keinen Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten zu machen. Das eine gilt an sich nicht mehr, wie das andere; das ältere schriftliche Testament wird durch das neuere mündlich errichtete aufgehoben, wie umgekehrt das mündliche durch das schriftliche. Es ist dies auch kein Verstoß wider die Regel, daß die Aufhe-

26) *Ant.* Merendae controv. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Nr. 5.

27) S. z. B. Bayersches Landr. Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 3.

bung eines förmlichen Rechtsgeschäfts durch eine dem Entstehungsart entsprechende Handlung geschehen solle; denn im Rechtssinne ist jede an sich gültige Testamentshandlung der anderen gleich. Die Verschiedenheit der Entstehungsart kann wohl in Nebenpunkten verschiedene Wirkungen erzeugen, z. B. in Beziehung auf Beweis, allein auf das Wesen der Sache hat dies keinen Einfluß. Daraus folgt denn von selbst, daß wenn im Allgemeinen anerkannt ist: die Aufhebung eines Testaments könne durch einen in bestimmter Form erklärten Widerruf erfolgen, diese Form auch auf alle Arten der Testamente gleiche Wirkung äussern muß, mag sie mit der Entstehungsform der einen oder der anderen Art näher verwandt seyn.

Und dies gilt denn auch von der Anwendung des Justinianischen Gesetzes selbst. Alle und jede Testamente, auch die privilegirten werden in der Regel durch Widerruf vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren aufgehoben, bleiben aber auch sonst, eben so gut wie die nicht privilegirten, bei Kräften[28]. Die Meinung einiger Juristen, daß testamenta ad pias causas schon wegfallen, wenn sie vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden[29], beruht auf der oben bereits widerlegten falschen Anwendung der Regel, daß ein Geschäft auf dieselbe Art, wie es entstehe, auch wieder vernichtet werde. Würde vor zwei Zeugen ein neues testamentum ad pias causas errichtet, so fiele nun das frühere natürlich von selbst hinweg; der bloße Widerruf vor

28) S. Weber zu Höpfner §. 518. Not. 6. S. 421, auch unten Note 30, und über eine besondere Ausnahme von dieser Regel unten Note 32.

29) Von neueren Schriftstellern vertheidigt diese Meinung Greve diss. cit. §. 10. p. 41.

zwei Zeugen dagegen kann hier nicht mehr wirken, wie in anderen Fällen [30]). Doch gilt für das Testament eines Soldaten, auch in Hinsicht auf den Widerruf desselben ein besonderes Recht. „Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest“ sagt Ulpian [31]), und dieses findet denn natürlich auch in Beziehung auf ein solches Testament statt, welches der Soldat unter Beobachtung der gemeinrechtlichen Formen errichtet hat, jetzt aber nicht weiter bestehen lassen will: „Nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti (sc. vice) est“ [32]).

30) S. Merenda controversiar. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 10.

31) L. 15. §. 1. D. de test. milit. (XXIX. 1). Das hinzugefügte Beispiel: „Denique si cancellaverit testamentum suum, vel inciderit, nullius erit momenti“ gehört an und für sich betrachtet überall nicht hieher, da das Nämliche auch für andere Testirer gilt. Warum aber Ulpian es eigentlich anführte, ergiebt sich aus dem Folgenden: „Si tamen cancellaverit testamentum, et mox valere voluerit, *valebit ex suprema voluntate.*“ Also: es kommt hier immer nur der erweisliche Wille des Testirers in Betracht.

32) L. 34. §. 2 D. *de test. milit.* — Unmittelbar vorher heißt es: „Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctinctio.“ Diese Worte beziehen sich auf den §. 1 der Stelle, welcher so lautet: „Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, *si jure militiae fuit scriptum, aliquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum.*“ — Also ein Veteran (militia missus), welcher bereits als Soldat testirt hat, beginnt innerhalb

Der Grund hievon ist ganz klar. Bei dem letzten Willen eines Soldaten kommt es überall nicht auf Formen an,

Jahresfrist nach seiner Entlassung ein neues Testament zu errichten, stirbt aber vor Vollendung desselben. Das unvollendete Testament kann natürlich nicht gelten, aber ist nicht das früher errichtete durch den entgegenstehenden Willen des Testirers aufgehoben? Papinian unterscheidet: ob das frühere Testament ein unförmliches (jure militiae scriptum), oder ob es in gemeinrechtlich giltiger Form errichtet war; im erstern Falle soll es aufgehoben seyn, nicht aber im letzteren. — Allerdings haben wir hier eine wahre Ausnahme von der Regel, daß auch privilegirte Testamente (ausser von einem miles) nicht anders, als die in gemeinrechtlicher Form errichteten wieder vernichtet werden können, und nach dem Grundsatz: lex specialis derogat generaliori müssen wir diese Ausnahme auch noch neben der durch Justinian in der L. 27 C. *de test.* eingeführten neuen Rechtsregel bestehen lassen. Sie selbst erklärt sich so: Bekanntlich wird das unförmliche Testament eines Soldaten noch ein Jahr nach dessen Entlassung aufrecht erhalten. Das militärische Testament nun gilt als reines Product des Willens seines Urhebers, und als solches besteht es denn auch noch während des ersten Jahrs nach der Entlassung; die juristische Consequenz erfordert daher, den während dieses Zeitraums irgendwie ausgesprochenen entgegenstehenden Willen des Testirers gerade so wie bei einem wirklichen Soldaten zu berücksichtigen, indem sonst nicht eigentlich gesagt werden könnte: das Testament bestehe noch zu gleicher Wirkung für den Veteranen, wie für den Soldaten. Natürlich kann dies ganze Recht aber nur bei solchen Testamenten zur Anwendung kommen, welche durch ein Privilegium auch für den Veteranen als noch giltig betrachtet werden; hat ein Soldat jure communi testirt, so bedarf es keines Privilegiums, damit auch nach der Entlassung das Testament noch

sondern lediglich auf den Willen; und dies muß denn natürlich für die Aufhebung eines Testaments eben so gut gelten, wie für die Errichtung[33]). Umgekehrt aber sollen, nach einer gewöhnlichen Meinung, Testamente der Eltern als solcher (testamenta parentum inter liberos) nur durch ein feierliches Testament, oder durch einen Widerruf vor sieben Zeugen aufgehoben werden können[34]). Indessen stehen dieser Meinung manche Bedenk-

gelte, daher kann es auch nur auf gemeinrechtlich giltige Art wieder aufgehoben werden. Anders verhält es sich, wenn ein Soldat das in gemeinrechtlicher Form errichtete Testament wieder aufheben will; dazu bedarf es nur einer erweislichen Willenserklärung, weil diese bei einem Soldaten allemal als suprema voluntas gilt. — Die älteren Interpreten bilden übrigens aus dieser Stelle die Regel: Privilegium facilius tollitur, quam jus commune (s. die Accursische Glosse, Bartolus ad h. l. u. a. Ausleger aus dem 14. u. 15. Jahrh.), Andere finden hier nur eine sich von selbst verstehende Anwendung des Grundsatzes: daß ein Geschäft auf eben die Art wieder aufgehoben werden könne, wie es entstanden ist. (R. *J.* POTHIER Pand. Just. Tit. *de test. milit.* Nr. 38. Note b. T. II. p. 231). Beides ist wahr; nur erklärt die erste Regel hier eigentlich nichts, die zweite wird meistens so allgemein verstanden, daß sie auch zu ganz falschen Resultaten führt, z. B. daß ein Testament, welches vor zwei Zeugen errichtet ist, auch vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden könne.

33) „Nam voluntas militis pro jure servatur" L. 1 C. *de test. milit.* (VI. 21). — Vgl. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 805 und Bd. 36 d. Comment. §. 1421 h. S. 403 fgg.

34) S. GREVE diss. cit. §. 9. p. 34. §. 10. p. 41. — Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 688 zu Note 13.

lichkeiten entgegen. Allerdings bestimmt die Nov. 107. Cap. 2, daß ein solches Testament nicht durch ein in der privilegirten Form errichtetes, sondern nur durch ein förmliches Testament rumpirt werde; allein dadurch sind ja die sonstigen gemeinrechtlichen Formen der Aufhebung noch nicht für ungiltig erklärt. Wenn Eltern einen neuen letzten Willen errichten wollen, sagt der Gesetzgeber, so sollen sie förmlich testiren. Damit ist über einen bloßen Widerruf noch nichts ausgesprochen, folglich muß auch das Testament der Eltern durch eine Aufrufung vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf eines Decenniums wieder vernichtet werden können. Dagegen findet sich auch die Bestimmung nicht in der Novelle, daß ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen sofort das Testament aufhebe, sondern der Gesetzgeber spricht von sieben Zeugen nur in Beziehung auf eine neue Testamentshandlung[35]). — Mehr über diese Streitfrage wird unten beim §. 1481 vorkommen.

Auch die Aufhebung gerichtlicher Testamente steht unter den nämlichen Regeln, da das Gesetz allgemein spricht. Der Widerruf vor drei Zeugen, wenn zehnjähriges Alter des Testaments hinzutritt, hebt es auf; sonst aber kann es nur durch ein neues Testament, sey dies ein öffentliches oder vor sieben Zeugen errichtet, wieder aufgerufen

35) Eher läßt sich die Auth. *hoc inter liberos* C. *de testam.* (VI. 23) so verstehen, und auf diese pflegt man sich hier meistens noch zu berufen. Doch ihrem ganzen Zusammenhange nach erwogen, erfordert auch die Authentike eine neue Disposition („— testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, *et aliam disponat voluntatem*").

Eine der Hauptkontroversen in dieser Materie bezieht sich aber auf die Frage: ob denn nicht ein Widerruf vor sieben Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren zur Aufhebung des Testaments genüge? Die bejahende Meinung hat sehr viele Vertheidiger gefunden, welche dieselbe bald ganz unbeschränkt, bald unter gewissen Distinctionen annehmen. Ausser manchen älteren Schriftstellern[9]) gehören von den Neueren vorzüglich hieher: Reinh. Bachov[10]), Ulr. Huber[11]), Joh. Andr. Hannesen[12]), Joh. Ludw. Ernst Püttmann[13]), Aug. Friedr. Schott[14]), Pet. Greve[15]); Pet. Andr. Rodatz[16]). Im Allgemeinen sucht man diese Ansicht so zu begründen: da einer allgemeinen Regel zufolge ein Verhältniß so aufgelöst werde, wie es entstehe, Testamente aber vor sieben Zeugen errichtet werden, so müsse man sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen entkräften können. Häufig macht man diesen Grundsatz ohne alle Einschränkung geltend, d. h. man läßt einen bloßen Widerruf für alle Arten der Testamente, für schrift-

wenn von Zeit des Widerrufs zehn Jahr verflossen seynd."

9) Z. B. Bartolus in comment. ad L. 18 D. *de leg.* III. Nr. 3. Baldus ad L. 27 C. *de test.* Nr. 2.

10) Ad §. 6 (7) Inst. *de test.* Nr. 2.

11) *Ulr.* Huber ad Inst. tit. *quib. mod. test. infirm.* §. 8—10.

12) Diss. II. de testamenti revocatione §. 4—12.

13) Interpret. et observat. Cap. XXVII. p. 127—131.

14) Comment. cit. in opuscul. p. 82 sqq.

15) Diss. de mutat. et revoc. test. §. 9.

16) Diss de verbali test. rev. §. 4 sqq.

liche wie für mündliche Testamente zu [17]. Manche dagegen wenden die Regel: naturale est; eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est mit etwas mehr Consequenz an. Sie erfordern nämlich entweder a) eine bestimmte Erklärung darüber, daß Intestaterbfolge eintreten solle [18]), oder b) sie lassen den Widerruf nur bei mündlichen Testamenten zu, da eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart des schriftlichen Testaments nicht entspreche [19]).

Daß indessen auf die Zahl der Zeugen nichts ankomme, ergiebt sich sehr bestimmt aus den Worten des Gesetzes selbst. Der Kaiser verlangt ausdrücklich eine Erklärung vor nicht weniger als drei Zeugen, und ausserdem noch den Ablauf eines Decennium. Die Zuziehung einer größeren Anzahl von Zeugen kann also die Wirkung des Widerrufs nicht verstärken; nur weniger als drei dürfen es nicht seyn. Die obige Regel wird hier ganz falsch angewandt. Vor sieben Zeugen kann man ein Testament errichten; aber ein Testament erfordert Erbeseinsetzung [20]), ohne eine solche ist also eine dem Entstehungsact entspre-

17) So Hannesen, Püttmann, Schott.

18) So Bartolus l. l. und *Alex. de* Imola ad L. 27. Nr. 9 C. *de test.*

19) Z. B. Bachovius l. l. Nr. 2; auch Huber l. l., welcher sich sehr unbestimmt äussert, scheint diese Meinung zu haben. — Eine besondere, aber nicht inconsequente, Ansicht hat *Pet.* Greve diss. cit. §. 9. p. 35. Auch ein schriftliches Testament könne durch eine vor 7 Zeugen schriftlich erfolgte und von den Zeugen unterschriebene und besiegelte Erklärung aufgerufen werden.

20) §. 34 J. *de legat.* „— testamenta vim ex heredis institutione accipiunt."

chende Handlung überall noch nicht vorhanden [21]). Darum ist denn auch der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten hier ganz bedeutungslos. Eher kann man auf die Art der Erklärung ein Gewicht legen. Denn da es zur Erbeseinsetzung keiner bestimmten Form bedarf [22]), so läßt sich dies allenfalls als eine Einsetzung der Intestaterben erklären. Freilich wäre dagegen noch zu erinnern: eine Erbeseinsetzung erfordere doch immer eine positive Erklärung des Erblassers, daß er sich einen Erben ernennen wolle, die Aeusserung des Erblassers aber: er wolle sein Testament hiermit widerrufen haben und Intestaterbfolge eintreten lassen, habe im Wesentlichen doch nur eine negative Richtung. Dennoch würde ich mich als Richter für die Giltigkeit des Wider-

21) Manche Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung lassen sich auf diesen Grund gar nicht ein. Hannesen führt zwar die „legitima heredis institutio" als nothwendiges Requisit eines eigentlichen Testaments an, meint aber, daß in jedem Widerruf immer eine stillschweigende Erbeseinsetzung liege (l. l. §. 5 und daselbst die erste Note). Indessen begreift man nicht, wie dies mit der in der ersten Dissertation vertheidigten Ansicht dieses Schriftstellers zu vereinigen ist, daß die Widerrufszeugen auch weiblichen Geschlechts seyn dürfen, daß eine Rogation derselben nicht nöthig sey, und eben so wenig Einheit der Handlung. Kurz in der ersten Dissertation sucht er den Unterschied zwischen einer Testaments- und einer Widerrufs-Handlung darzuthun, hier dagegen ist er zu zeigen bemüht, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen in jeder Hinsicht als ein wahres Testament betrachtet werden müsse. Auch beruht dies ganze Argument auf einer petitio principii; es wird als erwiesen vorausgesetzt, was doch noch eines Beweises bedarf.

22) L. 15 C. *de test.* (VI. 23).

rufs entscheiden; denn da es nicht an Gründen fehlt, einen solchen Widerruf so auszulegen, daß er als Einsetzung der Intestaterben betrachtet werden kann, so läßt sich hier die Regel anwenden, daß im Zweifel allemal für die Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen zu sprechen ist[23]). Cautel bleibt es indessen immer, sich bestimmt zu erklären, statt sich auf die liberalen Interpretations-Grundsätze eines künftigen Richters zu verlassen[24]).

Noch giebt es eine besondere Meinung, wonach zwar der Widerruf von drei Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren unwirksam seyn, dagegen der gerichtliche Widerruf sofort seine Wirkung äussern soll[25]). Diese Meinung gründet sich darauf, daß ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleich stehe, eine Erklärung vor Gericht aber nicht weniger gelten könne, indem ja durch gerichtliche Verlautbarung eben so gut, als vor

23) Arg. L. 10 pr. D. *de inoff. test.*

24) Meistens wird die hier vertheidigte Meinung von ihren Anhängern ohne alle Einschränkung angenommen, d. h. man findet auch in der ausdrücklichen Erklärung, es solle Intestaterbfolge eintreten, keine stillschweigende Erbeseinsetzung. S. *A.* Faber Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI. *Ant.* Merenda controvers. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Vinnius ad §. 7 J. *quib. mod. test. infirm.* Nr. 1 sqq. *Sam.* Stryk in cautel. testam. Cap. XXIV. §. 36. Höpfner in Comment. §. 518. Not. 6. Nr. 2. Schweppe das röm. Privatr. Ausg. von Wilh. Meier Bd. V. §. 869. S. 237. — Dasselbe meint auch wohl Thibaut, wenn er sagt: „Vor dem Ablauf von zehn Jahren ist selbst der Widerruf vor 7 Zeugen unzulässig" (Pand. R. Bd. II. §. 975 d. 8. A.). Unzulässig ist der Widerruf nicht, nur nicht wirksam.

25) Rodatz Diss. cit. §. 9.

sieben Zeugen die Errichtung von Testamenten möglich sey. Was Justinian über die Nothwendigkeit eines Ablaufs von zehn Jahren bestimme, dürfe daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf die privatim vor drei Zeugen erfolgte bezogen werden. — In der That aber ist diese Interpretation von allen die willkührlichste; die Bestimmung wegen des Ablaufs eines Decenniums steht gerade mit der Aeusserung über den Widerruf ad acta in der unmittelbarsten Verbindung, so daß es ganz unmöglich ist, jene Bestimmung hierauf nicht, sondern nur auf die vorhergehende Aeusserung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Das Wahre an dieser Ansicht ist: daß eine Erklärung ad acta nicht weniger, als die vor 7 Zeugen gelten könne; aber hierin liegt noch ein Argumeut mehr für die Meinung, daß der blosse Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht vernichte[26]).

Gilt nun aber irgendwo der Satz, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen das Testament ohne Weiteres rumpire[27]), oder läßt sich dies wegen der Beschaffenheit der Willenserklärung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen annehmen (s. oben S. 294 fgg.), so erfordert die Consequenz, auch hier keinen Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten zu machen. Das eine gilt an sich nicht mehr, wie das andere; das ältere schriftliche Testament wird durch das neuere mündlich errichtete aufgehoben, wie umgekehrt das mündliche durch das schriftliche. Es ist dies auch kein Verstoß wider die Regel, daß die Aufhe-

26) *Ant.* Merendae controv. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Nr. 5.

27) S. z. B. Bayer'sches Landr. Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 3.

bung eines förmlichen Rechtsgeschäfts durch eine dem Entstehungsart entsprechende Handlung geschehen solle; denn im Rechtssinne ist jede an sich gültige Testamentshandlung der anderen gleich. Die Verschiedenheit der Entstehungsart kann wohl in Nebenpuncten verschiedene Wirkungen erzeugen, z. B. in Beziehung auf Beweis, allein auf das Wesen der Sache hat dies keinen Einfluß. Daraus folgt denn von selbst, daß wenn im Allgemeinen anerkannt ist: die Aufhebung eines Testaments könne durch einen in bestimmter Form erklärten Widerruf erfolgen, diese Form auch auf alle Arten der Testamente gleiche Wirkung äussern muß, mag sie mit der Entstehungsform der einen oder der anderen Art näher verwandt seyn.

Und dies gilt denn auch von der Anwendung des Justinianischen Gesetzes selbst. Alle und jede Testamente, auch die privilegirten werden in der Regel durch Widerruf vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren aufgehoben, bleiben aber auch sonst, eben so gut wie die nicht privilegirten, bei Kräften [28]). Die Meinung einiger Juristen, daß testamenta ad pias causas schon wegfallen, wenn sie vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden [29]), beruht auf der oben bereits widerlegten falschen Anwendung der Regel, daß ein Geschäft auf dieselbe Art, wie es entstehe, auch wieder vernichtet werde. Würde vor zwei Zeugen ein neues testamentum ad pias causas errichtet, so fiele nun das frühere natürlich von selbst hinweg; der bloße Widerruf vor

28) S. Weber zu Höpfner §. 518. Not. 6. S. 421, auch unten Note 30, und über eine besondere Ausnahme von dieser Regel unten Note 32.

29) Von neueren Schriftstellern vertheidigt diese Meinung Greve diss. cit. §. 10. p. 41.

zwei Zeugen dagegen kann hier nicht mehr wirken, wie in anderen Fällen [30]). Doch gilt für das Testament eines Soldaten, auch in Hinsicht auf den Widerruf desselben ein besonderes Recht. „Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest“ sagt Ulpian [31]), und dieses findet denn natürlich auch in Beziehung auf ein solches Testament statt, welches der Soldat unter Beobachtung der gemeinrechtlichen Formen errichtet hat, jetzt aber nicht weiter bestehen lassen will: „Nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti (ac vice) est“ [32]).

30) S. Merenda controversiar. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 10.

31) L. 15. §. 1. D. *de test. milit.* (XXIX. 1). Das hinzugefügte Beispiel: „Denique si cancellaverit testamentum suum, vel inciderit, nullius erit momenti“ gehört an und für sich betrachtet überall nicht hieher, da das Nämliche auch für andere Testirer gilt. Warum aber Ulpian es eigentlich anführte, ergiebt sich aus dem Folgenden: „Si tamen cancellaverit testamentum, et mox valere voluerit, *valebit ex suprema voluntate.*“ Also: es kommt hier immer nur der erweisliche Wille des Testirers in Betracht.

32) L. 34. §. 2 D. *de test. milit.* — Unmittelbar vorher heißt es: „Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctinctio.“ Diese Worte beziehen sich auf den §. 1 der Stelle, welcher so lautet: „Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, *si jure militiae fuit scriptum, aliaquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum.*“ — Also ein Veteran (militia missus), welcher bereits als Soldat testirt hat, beginnt innerhalb

Der Grund hievon ist ganz klar. Bei dem letzten Willen eines Soldaten kommt es überall nicht auf Formen an,

Jahresfrist nach seiner Entlassung ein neues Testament zu errichten, stirbt aber vor Vollendung desselben. Das unvollendete Testament kann natürlich nicht gelten, aber ist nicht das früher errichtete durch den entgegenstehenden Willen des Testirers aufgehoben? Papinian unterscheidet: ob das frühere Testament ein unförmliches (jure militiae scriptum), oder ob es in gemeinrechtlich giltiger Form errichtet war; im erstern Falle soll es aufgehoben seyn, nicht aber im letzteren. — Allerdings haben wir hier eine wahre Ausnahme von der Regel, daß auch privilegirte Testamente (ausser von einem miles) nicht anders, als die in gemeinrechtlicher Form errichteten wieder vernichtet werden können, und nach dem Grundsatz: lex specialis derogat generaliori müssen wir diese Ausnahme auch noch neben der durch Justinian in der L. 27 C. *de test.* eingeführten neuen Rechtsregel bestehen lassen. Sie selbst erklärt sich so: Bekanntlich wird das unförmliche Testament eines Soldaten noch ein Jahr nach dessen Entlassung aufrecht erhalten. Das militärische Testament nun gilt als reines Product des Willens seines Urhebers, und als solches besteht es denn auch noch während des ersten Jahrs nach der Entlassung; die juristische Consequenz erfordert daher, den während dieses Zeitraums irgendwie ausgesprochenen entgegenstehenden Willen des Testirers gerade so wie bei einem wirklichen Soldaten zu berücksichtigen, indem sonst nicht eigentlich gesagt werden könnte: das Testament bestehe noch zu gleicher Wirkung für den Veteranen, wie für den Soldaten. Natürlich kann dies ganze Recht aber nur bei solchen Testamenten zur Anwendung kommen, welche durch ein Privilegium auch für den Veteranen als noch giltig betrachtet werden; hat ein Soldat jure communi testirt, so bedarf es keines Privilegiums, damit auch nach der Entlassung das Testament noch

sondern lediglich auf den Willen; und dies muß denn natürlich für die Aufhebung eines Testaments eben so gut gelten, wie für die Errichtung [33]). Umgekehrt aber sollen, nach einer gewöhnlichen Meinung, Testamente der Eltern als solcher (testamenta parentum inter liberos) nur durch ein feierliches Testament, oder durch einen Widerruf vor sieben Zeugen aufgehoben werden können [34]). Indessen stehen dieser Meinung manche Bedenk-

gelte, daher kann es auch nur auf gemeinrechtlich giltige Art wieder aufgehoben werden. Anders verhält es sich, wenn ein Soldat das in gemeinrechtlicher Form errichtete Testament wieder aufheben will; dazu bedarf es nur einer erweislichen Willenserklärung, weil diese bei einem Soldaten allemal als suprema voluntas gilt. — Die älteren Interpreten bilden übrigens aus dieser Stelle die Regel: Privilegium facilius tollitur, quam jus commune (s. die Accursische Glosse, Bartolus ad h. l. u. a. Ausleger aus dem 14. u. 15. Jahrh.), Andere finden hier nur eine sich von selbst verstehende Anwendung des Grundsatzes: daß ein Geschäft auf eben die Art wieder aufgehoben werden könne, wie es entstanden ist. (R. J. Pothier Pand. Just. Tit. *de test. milit.* Nr. 38. Note b. T. II. p. 231). Beides ist wahr; nur erklärt die erste Regel hier eigentlich nichts, die zweite wird meistens so allgemein verstanden, daß sie auch zu ganz falschen Resultaten führt, z. B. daß ein Testament, welches vor zwei Zeugen errichtet ist, auch vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden könne.

33) „Nam voluntas militis pro jure servatur" L. 1 C. *de test. milit.* (VI. 21). — Vgl. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 805 und Bd. 36 d. Comment. §. 1421 h. S. 403 fgg.

34) S. Greve diss. cit. §. 9. p. 34. §. 10. p. 41. — Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 688 zu Note 13.

lichkeiten entgegen. Allerdings bestimmt die Nov. 107. Cap. 2, daß ein solches Testament nicht durch ein in der privilegirten Form errichtetes, sondern nur durch ein förmliches Testament rumpirt werde; allein dadurch sind ja die sonstigen gemeinrechtlichen Formen der Aufhebung noch nicht für ungültig erklärt. Wenn Eltern einen neuen letzten Willen errichten wollen, sagt der Gesetzgeber, so sollen sie förmlich testiren. Damit ist über einen bloßen Widerruf noch nichts ausgesprochen, folglich muß auch das Testament der Eltern durch eine Aufrufung vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf eines Decennium wieder vernichtet werden können. Dagegen findet sich auch die Bestimmung nicht in der Novelle, daß ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen sofort das Testament aufhebe, sondern der Gesetzgeber spricht von sieben Zeugen nur in Beziehung auf eine neue Testamentshandlung[35]). — Mehr über diese Streitfrage wird unten beim §. 1481 vorkommen.

Auch die Aufhebung gerichtlicher Testamente steht unter den nämlichen Regeln, da das Gesetz allgemein spricht. Der Widerruf vor drei Zeugen, wenn zehnjähriges Alter des Testaments hinzutritt, hebt es auf; sonst aber kann es nur durch ein neues Testament, sey dies ein öffentliches oder vor sieben Zeugen errichtet, wieder aufgerufen

35) Eher läßt sich die Auth. *hoc inter liberos* C. *de testam.* (VI. 23) so verstehen, und auf diese pflegt man sich hier meistens noch zu berufen. Doch ihrem ganzen Zusammenhange nach erwogen, erfordert auch die Authentike eine neue Disposition („— testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, *et aliam disponat voluntatem*“).

werden[36]). Doch ist es sehr streitig: ob ein solches Testament durch Zurücknahme aus dem Gericht seine Giltigkeit verliere? Diese Frage kann in einer doppelten Beziehung aufgeworfen werden. Erstlich: vernichtet die Zurücknahme des Testaments dessen Giltigkeit ohne Weiteres und ganz abgesehen von dem Willen des Testirers? In dieser Beziehung ist die Frage bereits an einem anderen Orte dieses Commentars ausführlich auch unter Anführung einer reichen Literatur, und zwar, im Allgemeinen richtig, verneinend beantwortet[37]). Doch wird hier Einiges noch nachträglich bemerkt werden dürfen.

Wenn ein Testament vor einer öffentlichen Behörde oder einer aus Mitgliedern derselben bestehenden Deputation verlautbart und eine Urkunde darüber aufgenommen ist, so hat es dadurch allein und nicht durch die Verwahrung im Archiv (die ja auch nicht allemal erfolgt) die Bedeutung eines feierlichen letzten Willens erhalten. Durch die Zurücknahme aus dem öffentlichen Archiv verliert es allerdings die Kraft einer archivarischen Urkunde; seiner selbstständigen Natur als Testament kann dies aber keinen Eintrag thun. Ein Gleiches gilt natürlich denn auch in dem Falle, wenn Jemand ein feierliches (also an sich vollkommen giltiges) Privattestament bei einer Behörde deponirt und es später wieder zurücknimmt. Zweifelhafter erscheint die Sache aber, wenn ein Privataufsatz durch bloße Hinterlegung bei einer Behörde die Kraft einer förmlichen letzten Willensordnung erhält[38]). Daß hier

36) Hofacker principia jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1365. Nr. II. 1.

37) Bd. 34 des Commentars §. 1411 a. S. 218 fgg.

38) S. hierüber Bd. 34 d. Comment. §. 1400. S. 188. Nr. 1 u. die in der Note 16 das. angef. Schriftsteller.

die Zurücknahme des Testaments die sofortige Vernichtung desselben bewirke, hat gewiß die überwiegenden Gründe für sich. Die Aufnahme ins Archiv vertritt allerdings bei solchen Testamenten die Stelle der Solennität, aber sie kann nicht als Testamentshandlung gelten, wie die Verlautbarung des letzten Willens vor einer Behörde, eben so wenig wie das **signum depositionis**, womit dergleichen Testamente versehen zu seyn pflegen; es dient dies lediglich zum Beweise der erfolgten Deposition. Wo nun also die Uebergabe genügt, um dem Aufsatz die Kraft eines Testaments mitzutheilen, da kann der Grund hievon nur in der höheren Beweiskraft achivarischer Urkunden liegen[39]). Hieraus folgt aber von selbst, daß die Giltigkeit solcher Testamente durch die fortdauernde Aufbewahrung derselben im Archiv bedingt ist. Denn durch Zurücknahme einer Privaturkunde aus einem öffentlichen Archiv verliert dieselbe allemal ihre Eigenschaft als archivarische Urkunde, wovon doch in dem hier angenommenen Falle einzig und allein die Testaments-Eigenschaft der Urkunde abhängt.

Ist es nun aber überhaupt möglich, dadurch, daß man einen ohne die Testaments-Solennitäten abgefaßten Aufsatz einer Behörde ganz einfach zur Aufbewahrung überreicht (z. B. mittelst eines Bittschreibens,) demselben die Eigenschaft eines rechtsgültigen Testaments zu verschaffen? Nach der Art, wie sich viele Rechtslehrer hierüber äussern, müßte man diese Frage unbedenklich be-

39) Nov. 49. C. 2. u. auth. *Ad haec C. de fide instrum.* (IV. 21). — Vgl. Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. IX. Abh. VIII. S. 94 fgg. und Ebenders. die Lehre vom Urkundenbeweise (Heidelb. 1827) B. II. S. 49 fgg.

jahre[40]). Das gemeine Recht kennt aber die Art und Weise, durch bloße Deposition eines schriftlichen Aufsatzes bei einer Behörde zu testiren überall nicht; denn das s. g. testamentum principi oblatum erfordert unter Anderem, daß der Regent mit dem Inhalte des Testaments bekannt gemacht werde[41]). Auch unter den zahlreich von mir verglichenen Particularrechten ist keins, worin die Deposition allein für genügend erachtet würde[42]), und eben so stimmen die Schriftsteller, welcher die Form der Ueberreichung genauer beschreiben, darin mit einander überein, daß dabei ein wahrer Vollziehungsact von Seiten des Testirers vorkomme, also namentlich, wenn das Testament versiegelt übergeben wird, eine bestimmte Erklärung des Testirers, wodurch er das Testament anerkennt und die Aufnahme eines von demselben zu unterschreibenden Protocolls[43]). Dies muß allerdings eben so

40) S. Bd. 34 dieses Commentars §. 1409. S. 188. Nr. 1 u. die meisten der das. angef. Schriftsteller.

41) L. 19 C. *de testam.* — Nur darüber sind die Rechtslehrer jetzt noch uneins, ob der Inhalt des Testaments dem Kaiser mündlich vorgetragen werden mußte, oder ob er durch das offen übergebene Testament denselben kennen lernte. Letzteres vertheidigt Glück Bd. 34 d. Comment. §. 1408. S. 169 fgg., jenes Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. V. S. 159 fg. u. nach ihm Guyet im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII. Abh. XIV. S. 256. Diese Differenz ist für unsere gegenwärtige Frage gleichgiltig.

42) S. namentlich die bereits Bd. 34. S. 202. Note 35 angeführten Particular- und Stadtrechte.

43) S. Claproth die Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 110 und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. II. §. 208 (d. 2. Aufl.)

gut als wahre Testamentshandlung gelten, wie die Vollziehung eines schriftlichen Testaments vor sieben Zeugen, folglich kann auch die Zurücknahme desselben keine anderen Wirkungen haben, als wenn ein förmliches Privattestament einer Behörde übergeben und wieder zurückgefordert wird.

Genug also, wenn irgendwo ein bloßer Privataufsatz darum schon als Testament gilt, weil er gerichtlich deponirt ist, so muß die Zurücknahme desselben aus den obigen Gründen diese Eigenschaft auch wieder aufheben, ohne daß es einer besonderen Widerrufshandlung, oder gar des Ablaufs einer zehnjährigen Frist bedarf. Die **L. 27 C.** *de testamentis* kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil ja das römische Recht diese Art, Testamenten ihr rechtliches Daseyn zu geben, überhaupt nicht kennt. Hier steht also die Zurücknahme der physischen Zerstörung gleich, wegen des innigen, ja unzertrennlichen Zusammenhangs zwischen der Beweiskräftigkeit und Testamentseigenschaft des Aufsatzes; hebt man jene auf, so fällt nothwendig auch diese weg. Aber ganz dasselbe muß auch alsdann Statt finden, wenn die Ueberreichung eines solchen Aufsatzes durch einen Bevollmächtigten für zulässig erachtet wird. Bekanntlich ist es sehr streitig, ob die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen könne 44)? Damit aber diese Frage nicht misverstanden werde, muß man unterscheiden: ob die Ueberreichung eines bereits solennisirten Testaments gemeint

44) Auch diese Streitfrage ist bereits im vier und dreißigsten Bande d. Comment. §. 1409. S. 191 fgg. erörtert. Den daselbst angeführten Schriften ist noch beizufügen: **Guyet** im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII. Abh. XIV. S. 254 fgg.

sey, oder ob ein schriftlicher Aufsatz erst durch den Act der Uebergabe die Eigenschaft eines Testaments erhalten soll, — was gewöhnlich nicht genau von einander getrennt wird.[45]). Da in jenem Falle persönliche Ueberreichung überhaupt nicht nothwendig ist, sondern dieselbe vermittelst eines Bittschreibens erfolgen kann, so muss man sich dazu auch eines gehörig bevollmächtigten Procurators bedienen können. Für den zweiten Fall dagegen ist die Frage nach der Theorie ganz unbedenklich zu verneinen[46]).

45) Auch von Glück a. a. O. ist dies nicht geschehen. Gutyer klagt ebenfalls über die mannigfachen Vermengungen, welche sich hier die älteren Schriftsteller haben zu Schulden kommen lassen (a. a. O. S. 257); allein auch die neueren müßten hier genannt werden. Ich finde bei Keinem den obigen, für die Entscheidung der Frage so höchst wichtigen Unterschied mit Klarheit und Bestimmtheit hervorgehoben.

46) Glück a. a. O. ist der Meinung, daß die Praxis die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten zulasse, wenn nur der Bevollmächtigte mit einer hinlänglich beglaubigten und speziellen Vollmacht versehen sey, wogegen nach der richtigen Theorie, der gemeinen Meinung und nach particularrechtlichen Bestimmungen die Frage zu verneinen sey. Mit der behaupteten Praxis sieht es gewiß sehr mislich aus. Einige Erkenntnisse (wobei es überdies noch unentschieden gelassen wird, ob hier von bereits solemnisirten Testamenten die Rede ist, oder von solchen, welche erst durch die Uebergabe Testamentseigenschaft erhalten sollen) bilden keine Praxis, und unter den Juristen, welche sich zu der gemeinen Meinung bekennen, befinden sich gerade recht viele Praktiker (s. Glück a. a. O. S. 195. Note 28 und die von Stryk cautel. testam. Cap. VIII. §. 2 angeführten Schriftsteller). Auch Stryk a. a. O. §. 2 sqq., welcher sonst für seine Person das Gegentheil annimmt, be-

— Daß man nicht durch einen Bevollmächtigten seinen letzten Willen festsetzen lassen dürfe, ist wenigstens als Regel anerkannt, mehr aber noch, daß ein Testirer bei der Solennisirung seines letzten Willens selber gegenwärtig seyn, also den eigentlichen Testamentsact in Person vollziehen müsse [47]). Es würde mithin immer an einem

zeugt doch, daß nicht nur die Mehrzahl der Juristen, sondern auch Präjudizien für die verneinende Ansicht vorhanden seien. Diese ist denn jetzt auch wieder von Guyet a. a. O. vertheidigt. Seine Gründe sind hauptsächlich: a) in Ansehung der vorgeschriebenen Testamentssolemnitäten ist Alles recht genau zu nehmen, damit die Gefahr vor Verfälschungen beseitigt werde; b) durch Stellvertreter durfte man altfeierliche Geschäfte überhaupt nicht vornehmen lassen (L. 25. §. 1 D. *de adoptionib.* Vgl. auch meine Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 5. S. 44 fgg. d. 3. Aufl.), selbst solche nicht, welche, wie z. B. die hereditatis aditio, an eigentliche Förmlichkeiten später überall nicht mehr gebunden waren. (Dieser Grund, welcher von besonderer Wichtigkeit für die Auslegung des röm. Rechts erscheint, ist von Glück a. a. O. ganz unberücksichtigt geblieben); c) daß der Testirer bei dem Testamentsact gegenwärtig seyn und persönlich handeln müsse, ist ausserdem auch noch durch neuere Bestimmungen im röm. Rechte (z. B. in der L. 9 u. 21 C. *de testam.*) und durch die kaiserl. Not. O von Maximil. I. Tit. von Testamenten §. 4 u. §. 7 ausdrücklich vorgeschrieben.

47) S. die vorstehende Note. — Es ist bekanntlich sehr streitig, ob man nicht die Verfügung über den Nachlaß der Bestimmung eines Dritten anheimgeben dürfe, wegen cap. 13 x *de testamentis* (III. 26). Die verneinende Meinung ist wohl am besten ausgeführt in diesem Commentar Bd. 33. §. 1406 a. S. 476 fgg. und Bd. 34. §. 1406 b. S. 1—22. Wie man hierüber indessen auch

testamentarischen Vollziehungsact fehlen, wenn die Ueberreichung einer nicht schon förmlich vollzogenen letzten Willenserklärung durch einen Procurator zulässig seyn sollte; denn alle Versicherungen und Erklärungen desselben können eben so wenig dafür gehalten werden, als wenn Jemand vor 7 Zeugen ein fremdes Testament als Stellvertreter des Testirers vollziehen wollte. Und hätte der Testirer auch vor noch so vielen Zeugen die Testamentsurkunde dem Procurator übergeben [48]) und sie für seinen wahren letzten Willen erklärt, — so lange dies nicht von den Gesetzen als Testamentssolemnität angesehen wird, kann es der Handlung keine höhere Bedeutung verschaffen, als daß allenfalls der Aechtheitsbeweis dadurch hergestellt wird. Käme es indessen hierauf allein bei Testamenten an, so liesse sich dieser viel sicherer noch durch andere Mittel bewirken, indem die bloße vor Zeugen erfolgte Uebergabe eines Testaments an den Procurator immer noch nicht die Ueberzeugung gewährt, daß die bei der Behörde deponirte Urkunde auch wirklich die demselben anvertrauete sey, und überhaupt würde es alsdann mancher Solemnitäten gar nicht bedürfen. Jedenfalls aber ist eine Ueberreichung der Testamentsurkunde mittelst einer Bittschrift für eben so wirksam zu erachten, wie die durch einen Bevollmächtigten, da nach allgemeinen Grund-

denken möge, so ist doch gewiß, daß die Stelle auf die Solemnisirung einer von dem Erblasser selbst ausgehenden testamentarischen Verfügung nicht bezogen werden dürfe.

48) Nach einer der verschiedenen Meinungen soll die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten zulässig seyn, wenn zwei glaubhafte Zeugen es gesehen haben, daß der Testirer demselben die Testamentsurkunde eingehändigt hat. S. Guyet a. a. O. S. 258 fg.

sätzen das Eine so wenig, wie das Andere ein wahrer Testamentsact ist. Läßt man es dennoch dafür gelten, so ist es in dem einen wie in dem anderen Falle lediglich die Aufnahme in ein öffentliches Archiv, wodurch die Urkunde die Bedeutung eines Testaments erhält, mithin muß in beiden Fällen auch die Zurücknahme gleiche Wirkung haben.

Wenden wir uns nunmehr zu der zweiten Frage (s. oben S. 302 fgg.): Bewirkt die Zurücknahme des öffentlichen Testaments eine Vernichtung desselben in dem Falle, wenn der Testirer diese beabsichtigt? —. Nicht zu zu verwechseln hiermit ist die Frage: ob durch die Zurücknahme schon die Absicht an den Tag gelegt sey, das Testament zu revoziren? Es kommen hierbei vor Allem die Umstände in Betracht, unter welchen die Zurücknahme erfolgte.[49]. Lassen diese aber nicht mit völliger Sicherheit einen Schluß auf die Absicht des Testirers zu, das Testament aufheben zu wollen, so muß man sich dagegen erklären. Denn die Gründe, welche den Testirer zur Zurücknahme bestimmten, können sehr wohl mit der Absicht bestehen, daß das Testament nach wie vor seine Giltigkeit behalten solle, z. B. er will sich dadurch in den Stand setzen, leichter Abänderungen vornehmen zu kön-

49) Dies hat Glück Bd. 34 d. Comment. §. 1411 a. S. 218 wohl allein vor Augen, wenn er die Frage, welche am Schluß des §. 1429 zur Erörterung kommen werde, mit Spangenberg (im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. S. 171) für eine bloße quaestio facti erklärt. Dafür darf man aber die Frage nicht halten, welche den eigentlichen Gegensatz der von ihm bereits erörterten bildet. Ob die absichtliche Zurücknahme oder Aufrufung eines gerichtlich deponirten Testaments dasselbe sofort aufhebe? ist eine reine quaestio juris.

nen, oder er wünscht eine förmliche Publication des Testamens vermieden zu sehen, oder er beabsichtigt, dasselbe bei einer anderen Behörde zu deponiren u. dgl. m.[50]). Da nun die Absicht, das Bestehende aufheben zu wollen, nicht zu vermuthen ist, so darf auch die Aufrufung eines Testaments nicht angenommen werden, wenn diese nicht mit logischer Nothwendigkeit aus den Umständen sich ergiebt, welche die Zurücknahme begleiten[51]). —

Aber auch eine andere verwandte Frage wird vorher noch zu erörtern seyn, ehe wir zu der hier aufgeworfenen übergehen können: — welche Wirkung hat der bloße gerichtliche Widerruf, ohne Zurücknahme des Testaments? — Nach der **L. 27 C.** *de testam.* bewirkt die vor Gericht erfolgte Erklärung, daß man sein Testament nicht weiter bestehen lassen wolle, nicht mehr, wie die vor Zeugen erfolgte, es muß also noch ein zehnjähriges Alter des Testaments hinzukommen. Indessen glauben Manche, daß dies nicht auf öffentliche Testamente gehen könne[52]). Die dafür hauptsächlich angeführten Gründe sind: e i n m a l, daß hier nur die Regel zur Anwendung gebracht werde: **nihil tam naturale est, quam eo genere quodque dissolvere, quo colligatum est,** wobei man denn noch die Analogie der Aufrufung eines Testaments vor 7 Zeugen zu Hilfe ruft. Nun ist aber oben gezeigt, in welchem Sinne hier, d. h. wenn von

50) Vgl. Hannesen Diss. II. de revocat. testam. §. 16.

51) Stryk cautel. testamentor. §. 45 — 47. M e i s t e r pract. Bem. aus dem Civil- u. Criminalr. B. I. Bem. XI. Nr. II. S. 85 fgg. A. D. W e b e r Erläuter. der Pand. Bd. II. §. 1429. Nr. 3. S. 231 fgg. — S. auch die unten Note 63 u. 65 angef. Schr.

52) So Hannesen Diss. II. de revocat. test. §. 15.

der Aufhebung der Testamente die Rede ist, jene Regel eigentlich zu nehmen sey; das idem genus solutionis darf hier nur von einer neuen Testamentshandlung verstanden werden, so daß also ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen keine größere Wirkung hat, als der vor drei Zeugen geschehene. Damit ist denn dieser erste Grund von selbst beseitigt. — Ein zweiter Grund soll seyn, daß K. Justinian's Bestimmung in der L. 27 C. *de testam.* von öffentlichen Testamenten überall nicht verstanden werden dürfe. Dies soll aus den Schlußworten der Constitution folgen: „prioribus constitutionibus, quae super *hujusmodi* testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis.“ Justinian spreche hier von den Testamenten, worauf die Verordnung des K. Honorius (L. 6. Th. C. *de testam.*) gehe; in diesem Gesetze könnten aber nur förmliche Privattestamente gemeint seyn, da der Grund, weshalb dieser Kaiser die Erlöschung eines Testaments sofort mit dem Ablauf von zehn Jahren eintreten lassen wollte, in der Befürchtung zu suchen sey, daß binnen dieser langen Zeit die Beweismittel der Aechtheit des Testaments verloren gehen möchten. Allerdings wäre es möglich, daß der Gesetzgeber nur an solche Testamente gedacht hätte. Allein Justinian's Constitution spricht ganz allgemein; wenn man den Satz, worin die Worte: *super hujusmodi testamentis* vorkommen, in seinem ganzen Zusammenhange betrachtet, so sagt der Kaiser: anders als vermittelst eines Widerrufs solle der Ablauf von 10 Jahren das Erlöschen der „testamenta mortuorum“ nicht mehr zur Folge haben, und was früher hierüber (super hujusmodi *scil. mortuorum* testamentis) angeordnet worden, durch dies neue Gesetz aufgehoben seyn. In

diesem allgemeinen Sinne muß die Vorschrift um so eher verstanden werden, da schlechterdings kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Aufhebung öffentlicher Testamente leichter von Statten gehen könne, als die von Privattestamenten [53]).

Kehren wir jetzt wieder zu unserer Frage zurück, deren Beantwortung nun mit keinen Schwierigkeiten verbunden seyn kann. Nach strengen und consequenten Rechtsgrundsätzen darf nämlich auch die mit einem Widerruf verbundene Zurücknahme des öffentlichen Testaments nicht als eine Handlung angesehen werden, wodurch das Testament sofort vernichtet wird, sondern es muß noch der Ablauf eines Dezennium vom Augenblick der Testamentserrichtung hinzutreten [54]). Wenn nämlich die Zurücknahme des Testaments dasselbe nicht schon von selbst zerstört, so ist auch nicht abzusehen, wie durch sie die Kraft des Widerrufs vermehrt werden soll; Alles kommt hier vielmehr lediglich auf die Widerrufserklärung an. Kann diese allein nicht dem Testament auf der Stelle seine Wirkung nehmen, so vermag dies auch die Zurücknahme nicht. Ja, es hat diese Handlung an und für sich gar keine rechtliche Bedeutung, weshalb denn auch ein Widerruf giltig ist, d. h. diejenigen rechtlichen Folgen hat, welche er überhaupt haben kann, wenn gleich das widerrufene Testament bei der Behörde deponirt bleibt [55]).

53) Hofacker princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1365. N. II. 1.

54) Stryk cautel. testamentor. Cap. XXIV. §. 38.

55) Das Gegentheil behauptet *Math.* Berlich in conclus. pract. P. III. concl. IV. Nr. 52. 53, wobei als Grund angegeben wird: „quia eadem solemnitas ad revocationem testamenti requiritur." (Er ist nämlich der

Wie nun der Widerruf geschehen müsse? ist daher die einzige Frage, welche uns hiebei noch interessiren kann. — Zuvörderst leidet es keinen Zweifel, daß auch öffentliche Testamente vor drei Zeugen, so wie umgekehrt Privattestamente durch eine Erklärung vor dem Richter aufgerufen werden können[56]). Sodann, welchen Weg man auch wählen möge, muß die Erklärung von dem Erblasser in Person geschehen, da die Aufrufungshandlung nicht blos des Beweises wegen, sondern als Solennität vorgeschrieben ist[57]). Allerdings kann der Erblasser sein Testament vermittelst eines Bittschreibens oder eines Bevollmächtigten zurückverlangen; als Widerrufshandlung hat dies aber gar keine Wirkung, auch wenn die Absicht, das Testament widerrufen zu wollen, dabei klar ausgedrückt ist, sondern es müßte nun noch Vernichtung des Testaments oder eine anderweitige letzte Willensordnung hinzutreten. — Endlich ist erforderlich, daß über den vor Gericht erklärten Widerrufsact ein Protocoll aufgenommen werde. Doch auch dies ist streitig. Hannesen behauptet, daß ein Protocoll nicht nöthig sey, weil es ja nur zum Beweise diene, dieser aber auch durch

Meinung, daß der Widerruf allein ohne die Zurücknahme des Testaments unwirksam sey). Wäre dieser Grund wahr, so müßte ein öffentliches Testament, ohne es zurückzunehmen, auch nicht durch ein neues Privattestament aufgehoben werden können, was doch wohl Niemand behaupten wird. — Gegen die Ansicht von Berlich erklärt sich auch HANNESEN Diss. II. §. 22 u. 23, welcher übrigens die Meinung vertheidigt, daß der bloße Widerruf dem Testamente auf der Stelle seine Wirkung nehme.

56) S. oben S. 296 fg.

57) S. oben S. 284 fg.

mündliche Deposition der Gerichtsbeisitzer hergestellt werden könne[58]). Allein die Mitglieder des Gerichts erscheinen bei dieser Handlung nicht als gewöhnliche Zeugen, sondern als öffentliche Behörde; es ist etwas vor dieser Geschehenes offiziell zu constatiren, dies aber kann nur auf die für amtliche Handlungen übliche Art und Weise erfolgen. Dazu nun gehörten, zur Zeit der christlichen Kaiser, allemal acta, d. h. zur Stelle erfolgte Aufzeichnung des vor der Behörde Geschehenen[59]), oder das, was wir Protokoll nennen. Und auch heut zu Tage ist die Giltigkeit gerichtlicher Handlungen (also auch alles Dessen, was vor dem Gerichte geschieht und durch dasselbe bezeugt werden soll) dadurch bedingt, daß darüber Akten aufgenommen sind[60]), wie denn namentlich über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Aufnahme eines Protocolls nie fehlen darf[61]). Es ist mithin die

58) Diss. II. §. 21. — Er beruft sich auch noch auf L. 19 C. *de testam.*, worin nur die „conscientia principis“ zur Errichtung eines öffentlichen Testaments erfordert werde, weshalb zum Widerruf auch nicht mehr zu erfordern sey. Indessen übersieht er, daß es ebenfalls heißt: „Securus erit,“ qui *actis cujuscunque judicis aut municipum* — postremum *publicavit* judicium.“ Zu einem vor einer obrigkeitlichen Behörde zu errichtenden Testamente ist also doch ausser allem Zweifel eine Erklärung zu Protocoll nöthig; consequenterweise muß er daher zugeben, daß auch bei dem vor einer Behörde erklärten Widerruf das Protocoll nicht fehlen dürfe.

59) L. 151. Th. C. *de decurionib.* (XII. 1). — SPANGENBERG juris Romani tabulae negotiorum solennium superstites (Lips. 1822) p. 46 sqq. §. 2.

60) Martin Lehrb. des deutschen bürgerl. Prozesses §. 18. (b. 11. Aufl.).

61) Claproth's Rechtswissenschaft von freiwilligen Ge-

Nothwendigkeit dieser Form bei dem gerichtlichen Widerruf eines Testaments um so weniger zu bezweifeln, als der K. Justinian sich hierbei zum Ueberflusse eines Ausdrucks bedient, welcher auf das Deutlichste darauf hinweist[62]).

Das Resultat der vorausgegangenen Erörterungen würde also kürzlich Folgendes seyn: Soll der Widerruf eines Testaments ohne Zerstörung desselben oder eine neue Testamentshandlung überhaupt Wirkungen haben, so muß er in Person vor drei fähigen Zeugen oder vor Gericht, unter Beobachtung der für gerichtliche Handlungen erforderlichen Form, erklärt werden. Alsdann wird das Testament unwirksam, sobald seit dessen Entstehung zehn Jahre verflossen sind. Die Zurücknahme eines öffentlichen Testaments ist an sich nichts wirkend, äusser insofern die Entstehungsart eines solchen Testaments es von selbst mit sich bringt, daß das Fortbestehen desselben von seiner fortdauernden Aufbewahrung in einem öffentlichen Archiv abhängt. (S. oben S. 298 u. S. 301 fgg.).

Freilich ist dies Resultat weder allgemein anerkannt, noch durch die Praxis begünstigt; auch wird dadurch unläugbar dem formellen Recht ein zu großes Uebergewicht über das materielle gestattet, weshalb sich denn auch seit der Glossatorenzeit sehr gewichtige Stimmen dagegen erklärt haben, wenn es gleich unläugbar den Willen des Gesetzgebers und die strenge Consequenz für sich hat. Namentlich hat die Meinung von jeher viele Anhänger

richtshandlungen §. 21 (d. 3. Aufl.). Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Th. I. §. 118. S. 133 (d. 2. Aufl.)

62) L. 27 C. *de testam.* — „Sin — testator — hoc *inter acta manifestaverit.*"

gefunden, daß die mit der Erklärung und der Absicht des Widerrufs erfolgte Zurücknahme des Testaments die Wirksamkeit desselben sofort aufhebe[63]), worauf ohne Zweifel das Rechtssprüchwort der Neueren: **facta sunt potentiora verbis**, Einfluß gehabt hat, obgleich es auch wohl gebraucht ist, um die theoretisch richtige Meinung zu begründen, daß ein Testament, ehe es zehn Jahre alt geworden ist, nur durch Realrevocation wieder aufgehoben werden könne[64]). Wo nun die Meinung gilt, daß eine Zurücknahme des Testaments als Realrevocation anzusehen sey, da gewährt auch die oben (S. 309 fgg.) erwähnte Frage: ob schon durch die Zurücknahme die Absicht erklärt sey, das Testament aufrufen zu wollen? ein Interesse[65]), — eine Frage, welche ohne alle practische Bedeutung ist, wenn zu einem rechtlich wirksamen Widerrufe eine bestimmte Form für nöthig erachtet wird[66]).

63) Stryk cautel. test. cap. XXIV. §. 38 in f. bezeugt, daß es die gemeine Meinung sey. Ausser den von ihm angeführten Schriftstellern erklären sich dafür: Leyser med. ad Pand. sp. 359. m. 13. Pufendorf observat. jur. univ. T. III. obs. 153. Hofacker princip. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1365. Nr. III.

64) Eine sehr ausführliche Widerlegung dieses Arguments findet sich bei Hannesen Diss. II. §. 5 sqq.

65) Vgl. Pufendorf T. III. obs. 153 in f. u. Claproth's Rechtsw. von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 115.

66) Eine Anwendung aller durch die obige Untersuchung gewonnenen Grundsätze auf die Frage: auf welchem Wege und zu welchen Wirkungen ein reciprokes Testament einseitig widerrufen werden könne? hat keine Schwierigkeiten. — An sich kann jeder Testirer unabhängig von dem anderen seine Disposition widerrufen, und ist das Testament ein correspectives, so fällt dadurch auch die

Wünschenswerth wäre es allerdings, daß die bisher in diesem §. erörterte Frage ihrem ganzen Umfange nach gesetzlich bestimmt und dabei nicht sowol eine consequente Anwendung strenger Rechtsregeln, als vielmehr das Prinzip berücksichtiget würde, daß Niemand, sey es Erbe oder Legatar, aus einem Testamente etwas erhalten kann, wenn er den Willen des Testators erweislich nicht für sich hat.[67]). Die neuren Particulargesetzgebungen gehen auch von diesem Grundsatze aus; in den früheren finden wir meistens ein mehr oder weniger genaues Anschliessen an die Bestimmungen des röm. Rechts, und nur da offenbart sich größere Freiheit und Selbstständigkeit, wo es an bestimmten Entscheidungen im röm. Rechte

andere Disposition von selbst weg. (S. oben S. 218 fgg.) Der bloße Widerruf kann aber auch hier nicht mehr Wirkungen haben, als bei einem einfachen Testamente, also nach der Regel des römischen Rechts wird das Testament dadurch nur vernichtet, nachdem es 10 Jahre alt geworden ist. Wurde es einer Behörde überreicht, so darf keiner der Testirer es einseitig zurückfordern, vorausgesetzt nämlich, daß beide Testamente in einer Urkunde errichtet sind. (S. *Ern. Lud.* Müller Diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate. Gott. 1760. §. 21); jedoch kann dies die Aufhebung der Disposition durch ein neues Testament natürlich nicht hindern.

67) Auch Anton Merenda, welcher die theoretisch richtige Ansicht in allen Puncten vertheidigt, ist dieser Meinung, welche er auf folgende Weise äussert: „optime facturi sunt omnes supremi Principes, si neglecto juris civilis rigore testamentum nuda voluntate revocatum, de qua constat, infirmaverint; *apud eos enim aequum et bonum plus valere debet, quam juris civilis scrupulositates.*" (Controvers. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 14).

fehlt. So ist im Baierschen Landrecht (1756) geordnet, daß ein bloßer Widerruf mit Worten nur vor sieben Zeugen oder gerichtlich soll geschehen dürfen; geschieht er vor weniger, oder mindestens vor drei Zeugen, so gilt derselbe in Ansehung der Erbeinsetzungen und Substitutionen nicht anders, als wenn von der Zeit des Widerrufs zehn Jahre verflossen sind[68]. Nimmt der Testirer ein öffentliches Testament ab actis zurück; so ist dasselbe sofort unkräftig, selbst in dem Falle, wenn es nach dem Tode des Testirers verschlossen und unverletzt vorgefunden worden wäre[69]. Das Wirtembergische Landrecht (1609) erfordert eine Aufrafung vor Gerichte oder vor „vier ehrlichen, hiezu tauglichen Personen"[70]; über den Widerruf öffentlicher Testamente äussert es sich nicht besonders[71]. Mehr noch entfernte sich

68) Cod. civil. Bavaric. Maximil. Th. III. Cap. 3. §. 26. Nr. 3. 4.

69) Cod. civ. Bav. Max. Th. III. Cap. 4. §. 2 a. E. — Natürlich hält Kreittmayr diesen Satz auch nach gemeinrechtlicher Theorie für richtig; Erläuter. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III. S. 1105. Nr. 12.

70) Th. III. Tit. 20. §. 2. — Daß diese vier Zeugen Solennitätszeugen seyn müssen, folgt aus allgemeinen Grundsätzen. S. oben S. 285. Note 97.

71) Griesinger im Comment. über das Wirtemb. Landr. Bd. VI. S. 477 ist übrigens der Meinung, daß schon in der bloßen Zurücknahme des Testaments eine stillschweigende Aufhebung liege. — Durch eine Sächsische Constitution v. J. 1661 ist die hierüber Statt findende gemeinrechtliche Controverse dahin entschieden, daß die Zurücknahme das Testament alsdann entkräfte, wenn der Testirer dasselbe erweislich widerrufen hat. S. Haubold Lehrb. des königl. Sächs. Privatr. §. 339.

von den Bestimmungen des römischen Rechts, schon, die Frankfurter Reformation (1578). Die Aufrufung eines Testaments soll entweder a) durch ein neues Testament erfolgen, worin das vorige ausdrücklich aufgehoben und widerrufen wird [72]; oder b) dadurch, daß der Testirer das vorige in der Canzlei im Testamentbuch auslösche [73]; oder c) durch einen Widerruf vor drei Zeugen, wobei ein Ablauf von zehn Jahren nicht erfordert wird [74]. — Nach dem Preußischen Landrechte verliert ein gerichtlich deponirtes Testament durch Zurücknahme seine Giltigkeit, auch wenn es noch unentsiegelt und unverändert im Nachlasse vorgefunden wird; doch schadet die Zurücknahme dem Testamente alsdann nicht, wenn mehrere Exemplare desselben bei verschiedenen Gerichten deponirt sind und sich auch nur bei einem derselben ein Exemplar befindet, und eben so wenig genügt die blosse Zurückforderung, wenn das Testament dennoch bei der Behörde gelassen wird [75]. Auch ein bloßer Widerruf ist zulässig, wenn dabei die Formalitäten beob-

72) Daß hierin eine erhebliche Abweichung vom röm. Recht liegt, welches eine ausdrückliche Aufrufung des älteren Testaments in dem späteren nicht verlangt, bemerkt mit Recht v. Adlerflycht das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt §. 317. S. 573. — Vgl. Bender Lehrb. des Privatr. der freien Stadt Frankfurt (Frkf. 1835). §. 101. S. 246. Note 10.

73) Diese Vorschrift ist nicht mehr anwendbar, da die früher in Frankfurt übliche Art, ein öffentliches Testament zu errichten, daselbst ausser Gebrauch gekommen ist; v. Adlerflycht a. a. O. §. 294. S. 514 u. §. 317. S. 574.

74) Reform. Th. IV. Tit. 7. §. 2.

75) Allg. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 12. §. 565. 566. 568. 569.

richtet werden, die zur Errichtung eines Testaments nöthig sind [76]; sonst muß die Zurücknahme hinzutreten [77]. — Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die Oesterreichische Monarchie erfordert zum wirksamen Widerruf eines mündlichen Testaments so viele und solche Zeugen, als zur Giltigkeit eines mündlichen Testaments nöthig sind; ist das Testament schriftlich errichtet, so soll der Widerruf in einem vom Testirer geschriebenen oder wenigstens unterschriebenen, auch von eben soviel Zeugen, als zur Errichtung erforderlich sind, unterzeichneten Aufsatze erklärt werden [78]. Ueber die Aufrufung öffentlicher Testamente findet sich in diesem Gesetzbuche keine Bestimmung. — Das neuere französische Recht [79]) erklärt einen bloßen Widerruf alsdann für giltig, wenn darüber ein förmliches Notariatsinstrument aufgenommen ist [80].

Noch bleibt aber die Frage zu erörtern übrig: ob die in L. 27 C. *de testam.* enthaltene Vorschrift auch auf Vermächtnisse anzuwenden sey, — m. a. W. ob auch Codizillardispositionen nicht anders wirksam aufgerufen werden können, als wenn der Widerruf vor wenigstens

76) Ebendas. §. 587. 588.

77) S. das. §. 591. Ueberhaupt ist, falls das Testament zurückgenommen ist, der Widerruf unnöthig, folglich ist es auch gleichgiltig, ob auf gehörige Art oder gar nicht widerrufen ist; das. §. 592.

78) Th. II. Hauptst. 12. §. 719.

79) Früher war in den pays du droit coutumier ein schriftlicher vom Testirer unbesiegelter Aufsatz zum Widerruf hinreichend. Garnier de testamentor. revocatione p. 8 in f. p. 9 und die daselbst Note 1 angeführten Schriftsteller.

80) Cod. civ. Art. 1035. — Vgl. Garnier l. l. p. 10 sqq.

drei Zeugen oder gerichtlich erklärt ist, und seit Errichtung der Disposition zehn Jahre verflossen sind?

Es ist hierbei vor allen Dingen festzustellen, wie das Recht vor Justinian in diesem Puncte beschaffen gewesen sey. Soviel ist gewiß, daß früher altförmliche Vermächtnisse (legata) nur durch ein neues Testament oder in bestätigten Codizillen, und zwar so förmlich, wie sie angeordnet wurden, aufgehoben werden durften. „**Legatum, quod datum est, adimi potest, vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est**[81]). Bei Fideicommissen dagegen war die Anordnung wie die Aufhebung nie an bestimmte Formen gebunden, Alles kam hierbei lediglich auf den erweislichen Willen des Erblassers an, weshalb es denn auch hieß: **nuda voluntate fideicommissa infirmantur**[82]). Und dies hat sich auch nicht geändert, ungeachtet in der Folge alle Codizillarverfügungen an gewisse Formen gebunden

81) Ulpiani Fragm. Tit. XXIV. §. 29. — Auch hier war man ohne Zweifel zuerst an den Gebrauch bestimmter Formeln gebunden, später wurde man darin weniger bedenklich, bis zuletzt die Nothwendigkeit einer eigentlichen Form ganz wegfiel, eben so wie bei der Erbeseinsetzung, (Gaji inst. II. §. 117. Ulpiani Fragm. Tit. XXI), nur daß bei dieser die gänzliche Formlosigkeit in eine viel spätere Zeit fällt. Daß es ursprünglich nicht gleichgiltig war, in welchen Ausdrücken die ademtio legatorum erfolgte, ergiebt sich aus den Schlußworten der Ulpianischen Stelle, so wie aus Theophilus, ad Tit. Inst. *de ademtione legatorum*, wo freilich das Resultat vorgetragen wird, daß es auf die Worte und Formen dabei nicht mehr ankomme.

82) L. 18 D. *de leg.* III.

wurden[83]). Im Gegentheil übertrug man das unförmliche Aufhebungsrecht vermittelst der doli exceptio auch auf die Legate, und zwar schon zur Zeit der juristischen Klassiker. Nach einer Stelle von Ulpian werden Legate und Fideicommisse nuda voluntate aufgehoben, und wie auch immer dieser entgegenstehende Wille erklärt seyn mag, ausdrücklich oder stillschweigend, dem Legatar steht allemal die doli exceptio entgegen[84]). Wenn daher Ulpian (in den Fragmenten XXIV. 29) von der Nothwendigkeit einer formellen Aufhebung der Legate spricht, so ist hier nur die Rede von dem, was geschehen muß, damit diese Vermächtnisse ipso jure vernichtet werden, per exceptionem wurde die nämliche Wirkung auch in Folge des bloßen entgegenstehenden Willens vermittelt[85]).

Freilich behaupten Manche, es sey dies überall kein ausschliesliches Recht für Vermächtnisse gewesen, sondern auch der Testamentserbe sey durch doli exceptio von Seiten des Intestaterben zurückgewiesen worden, so oft er den Willen des Erblassers, gleichviel auf welche Art ausgesprochen, gegen sich habe. Es ist hievon oben schon die Rede gewesen, und es dürfte diese Ansicht auch wohl durch das, was dort darüber gesagt wurde, für hinreichend beseitigt erachtet werden können[86]). Indessen wird es nöthig seyn, hier, wo die Verschiedenheit zu erörtern

83) L. 1. Th. C. *de test.* (IV. 4). L. 8. §. 3 Just. Cod. *de codicillis* (VI. 36).

84) L. 3. §. ult. D. *de adim. vel transfer. leg. vel fideic.* (XXXIV. 4).

85) S. Bachovius u. Vinnius in comment. ad pr. Inst. *de ademt. legator.*

86) S. oben S. 263 fg. u. das. Note 54.

ist, welche zwischen der Aufhebung eines Vermächtnisses und eines Erbrechts Statt findet, die Sache noch etwas näher ins Auge zu fassen.

Man beruft sich für diese Ansicht hauptsächlich auf die L. 1. §. 8 D. *si tabulae testamenti nullae extab.* (XXXVIII. 6) und L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4), beide von Ulpian. Von jener ist bereits ausführlicher oben die Rede gewesen[87]); diese lautet so:

„Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; *et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*"

Es ist gewiß nicht nothwendig, diese Stelle gerade auf den Erben als solchen zu beziehen. Der Erbe kann ja auch ein Vermächtniß aus dem Testamente in Anspruch nehmen, oder es kann ihm für den Fall, daß er nicht Erbe werden würde, ein Vermächtniß ausgesetzt seyn, in welchen Fällen für ihn denn natürlich das nämliche Recht gilt, wie für jeden anderen Vermächtnißnehmer. An einen Fall der letzteren Art scheint auch Ulpian gedacht zu haben, indem er so fortfährt: „Si quis ex uncia heres sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc legatum, in quo centum erant, praetulit, ne molestiis hereditariis implicaretur, an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait Julianus, non esse eum summovendum; quodsi a substituto pretium accepit — ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur, ac per hoc doli exceptione re-

87) S. oben S. 259—261.

pelletur" [88]). Also dem Erben ist auf den Fall, daß er nicht Erbe werden wolle, ein Anderer substituirt und zugleich ein Vermächtniß ausgesetzt. Der Beschwerden und des möglichen Risikos wegen wählt er das Vermächtniß [89]), und da dies in seiner Macht stand, kann seine Forderung auch nicht durch doli exceptio entfernt werden. Ist er aber von dem Substituten für die Ausschlagung der Erbschaft entschädigt, so kann er nicht noch ausserdem das Vermächtniß fordern. Denn nach dem Willen des Erblassers soll er nicht beides zugleich, Erbschaft und Vermächtniß haben; seines Erbrechts wegen ist er aber abgefunden [90]). — Man kann aber auch das *ex testamento petere* (in der L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.*) ganz allgemein so verstehen: eine Forderung in Folge seiner Eigenschaft als Testamentserbe, indessen gegen den Willen des Testators geltend machen; z. B. er klagt gegen einen Erbschaftsschuldner, dem aber die Befreiung von der Forderung vermacht ist [91]), oder er fordert von dem Vermächtnißinhaber das zurück, was dieser nach dem regelmäßigen Begriff dieses Vermächtnisses zuviel hat, nicht aber nach dem Willen des Erblassers [92]).

88) L. 4. §. 11 D. *de doli mali exc.*

89) Es muß nämlich so construirt werden: „deinde legatum, in quo centum erant, propter hoc praetulit, ne molestiis" u. s. w.

90) S. *Barth.* Chesii interpret. jur. Lib. II. Cap. III. Nr. 41. (in Heineccii Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 346).

91) L. 22 D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3).

92) Von einem solchen Falle handelt Ulpian in der L. 6. §. 1 D. *de pecul. legato* (XXXIII. 8). Es war Jemandem ein Peculium frei von den Schulden (von de-

Genug, es ist nicht nöthig hierbei an einen Erben zu denken, welcher sein Erbrecht geltend macht. Allein darum darf man noch keineswegs annehmen, daß die Stelle auf einen sein Erbrecht verfolgenden Erben überhaupt nicht gehen könne[93]). Es läßt sich nämlich so gut wie irgend etwas Anderes beweisen, daß der Grundsatz: wer den Willen des Erblassers gegen sich hat, der kann nicht wirksam aus dem Testamente klagen, oder wird mit der doli exceptio zurückgewiesen, — unter gewissen Voraussetzungen ganz allgemein, d. h. nicht blos für Vermächtnißnehmer, sondern auch für Erben galt. Unterstützend für diesen Beweis ist die allgemeine Fassung der Regel: si quis quid ex testamento contra voluntatem petit, doli mali exceptione repelli solet (L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.*); ferner die entgegenstehende Rechtsregel: die exceptio schadet denen nicht, welche den Willen des Testirers nicht entschieden wider sich haben[94]), sodann die auch hinsichtlich des Erben

ducto aere alieno) vermacht. Da nun die Schuldenlast regelmäßig mit zum Peculium gehört, so könnte es scheinen, daß dies contra naturam legati sey. Indessen steht es dem Erblasser frei, den Umfang einer universitas legata willkührlich zu bestimmen. Der Vermächtnißnehmer, welcher sich im Besitz des Peculium befand, hatte also den Willen des Testirers für sich, konnte mithin dem vindizirenden Erben die doli exceptio entgegensetzen: „habet enim in solidis rebus voluntatem aeris alieni non deducendi."

93) Dies behauptet *Barth.* Chesius in den differentiis juris Cap. XXXIV. Nr. 6 (in Heineccii Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 724).

94) L. 19. §. 1. D. *de regul. jur.* „Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non re-

mehrmals vorkommende Berufung auf die voluntas testatoris, um darnach zu bestimmen, ob er mit Erfolg sein Erbrecht geltend machen dürfe, oder nicht [95]). Entscheidend dafür ist aber folgende Stelle: „*Papinianus* Lib. XIII. Quaestion. Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, *exceptione doli mali summovebitur*, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis, aut aliis litteris, eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui

fragatur." — Uebrigens ist diese Stelle aus Ulpianus Lib. XXIV. ad Sabinum genommen, in welchem er von der ademtio legatorum handelte. (S. inscript. L. 3 und L. 7 D. *de adimend. vel transfer. legat.* XXXIV. 4). Es ist also wohl kaum zu bezweifeln, daß dieser Satz sich nach seinem ursprünglichen Zusammenhange ebenfalls nur auf Vermächtnisse bezog. S. *Jac.* Gothofredus in comment. ad L. 19. §. 1 D. *de regul. jur.* (opp. min. ed. Trotz p. 781).

95) S. z. B. L. 1. §. penult. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 1. §. 8 D. *si tabulae test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6).

opponit, aestimatur“ [96]). — Wenn also der Testamentserbe die secundum tabulas B. P. aus einem Testament nachsucht, dessen Urheber durch Adrogation in eine fremde Familie gekommen ist, so steht ihm die doli exceptio entgegen, weil das Testament in Folge einer freiwilligen Handlung des Testirers seine Wirksamkeit verloren hat [97]). Erklärt nun aber der Testirer, nachdem er wieder dispositionsfähig geworden ist, das Testament auf irgend eine Art für seinen letzten Willen, so fällt die Exception weg, nicht weil ein Testament durch einfache Willenserklärung ohne alle Solennität entstehen kann, sondern weil die doli exceptio nur gegen Den zulässig ist, der den Willen des Testirers wider sich hat, nicht gegen Den, der ihn für sich hat [98]). — Auf ähnliche Art würde ohne Zweifel auch die Klage des Testamentserben entfernt, wenn der Testirer sonst auf eine wirksame Art zu erkennen gegeben hatte, daß er seinen Willen geän-

96) In der Compilation findet sich diese Stelle als L. 11. §. 2 D. *de B. P. sec. tab.*

97) Auch A. Faber führt den Grund dieser Exception auf den entgegenstehenden Willen des Testirers zurück, indem er bemerkt: nisi legitimus heres agentem posset repellere per exceptionem doli, *ex ea causa, quod non habeat pro se defuncti voluntatem, quippe quae per adrogationem mutata videatur.*“ Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VII. Nr. 14 in f. u. Nr. 15. Auf gleiche Weise bemerkt *A.* Schulting zu den Worten: *quia dando se adrogandum testator* u. s. w. „Et satis clare a voluntate priore recessit;“ Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. VI. p. 60.

98) So sind die Schlußworte auch oben (S. 263. Note 54.) bereits erklärt. — Vgl. auch Cujacius in L. XIII. Quaestion. Papin. (ed. Neapol. T. IV. p. 352 sqq.)

dert habe [99]). — Nur könnte es sehr auffallend erscheinen, daß hier überhaupt von einer **Exceptio** gesprochen wird, da doch durch Abrogation z. B. das Testament **ipso jure** aufgehoben wird [100]). Indessen verhält es sich damit so: Ein nach den strengen Grundsätzen des Civilrechts vernichtetes oder überall nicht zu Recht beständiges Testament konnte doch nach prätorischem Rechte wirksam seyn, sobald es nur in einer solchen Gestalt vorhanden war, daß der Prätor daraus eine **secundum tabulas Bon. Poss.** gab. Ob diese **Bonorum Possessio** wirksam (**cum re**) war, oder nicht, das hieng wieder von besondern Gründen ab. Hatte der **Bonorum possessor** ein nur nach prätorischem Rechte giltiges Testament und den Willen des Testators für sich, so setzte er der **hereditatis petitio** des Intestaterben die **doli exceptio** entgegen [1]). Umgekehrt verhielte es sich, wenn ihm der Wille des Erblassers nicht zur Seite stand. Seiner Vindication stand die **doli exceptio** entgegen und war er im Besitz, so hatte er keine wirksame Einrede gegen die Klage des Intestaterben. So erklärt es sich denn, daß auch ein durch Abrogation vernichtetes Testament erst noch durch die **doli exceptio** zu entkräften war, wenn es nämlich in einer äusseren Form so existirte, daß dar-

99) L. 1. §. 8 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6). Hier ist nicht buchstäblich von der doli exceptio die Rede, aber sonst sind die Ausdrücke ähnliche, wie in den übrigen Stellen, welche auf die Berücksichtigung des entgegenstehenden Willens hinweisen.

100) §. 4 u. 5 J. *quib. mod. infirm. test.* — Vgl. *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 7.

1) S. Gaji instit. L. II. §. 120 in f. — Vgl. Bd. 36 des Commentars §. 1421 h. S. 312 fgg.

aus eine sec. tab. Bonorum possessio nachgesucht werden konnte [2]).

Wenn nun hieraus sich ergiebt, daß allerdings auch dem Erben, welcher sein Erbrecht verfolgte, aber den Willen des Testirers wider sich hatte, die doli exceptio entgegengesetzt werden konnte, so folgt doch darum noch nicht, daß auf die Art, wie der entgegenstehende Wille ausgesprochen war, keine Rücksicht genommen werden durfte, m. a. W. daß die doli exceptio auch dem Testamentserben allemal entgegenstand, wenn der Erblasser auf irgend eine Weise seinen entgegenstehenden Willen auf erweisliche Art an den Tag gelegt hatte. Es ist oben (S. 258 fgg.) bereits nachgewiesen, daß ein eigentliches Testament nur durch ein neues Testament widerrufen werden konnte, bis zuerst der K. Honorius, und dann Justinian andere Aufhebungsarten einführten. Wollte nun der Intestaterbe dem die B. P. nachsuchenden Testamentserben die doli exceptio wegen Willensänderung wirksam entgegensetzen, so mußte nachgewiesen werden, daß der Erblasser seinen geänderten Willen auf die rechte Art ausgesprochen habe. Anders verhielte es sich bei Vermächtnissen, indem es hier nur auf den Beweis ankam, daß der Testirer seinen Willen geändert habe.

Diese Verschiedenheit zwischen der Aufhebung einer

2) Vgl. Cujacius ad Papin. Quaest. ed. Neapol. T. IV. p. 353. *Barth.* Chesius in den Interpretation. jur. L. I. Cap. V. Nr. 13 u. 24. (in Heineccii jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 38 sqq.). *Alb. Dieter.* Trekell de origine et progressu testamentifactionis apud Romanos Cap. III. §. 51. p. 179. — Der Hauptsache nach stimmt auch die Ansicht von A. Faber a. a. O. Nr. 15 sqq.; damit überein, obgleich die späteren Schriftsteller ihn gewöhnlich als Dissentienten anführen.

Erbeinsetzung und eines bloßen Vermächtnisses ist in folgenden Stellen sehr deutlich anerkannt:

„*Papinianus Lib. VI Responsorum:* Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat. Eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit: *hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur*"[3]. — Also auch aus einem unvollendeten Testamente steht dem Vermächtnißnehmer, welcher die in dem ersten Testamente ihm hinterlassenen Vermächtnisse fordert, die doli exceptio entgegen, obwohl das erste Testament nicht rumpirt ist. Letzteres ist aber der Grund, weshalb der entgegenstehende Wille dem Erben als solchen nicht schadet[4]).

„*Id. eod. libro:* Veteranus moriens testamentum jure communi tempore militiae factum irritum esse voluit, et intestatus esse maluit; heredum institutiones et substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoveri"[5]). — Da das Testament, welches der jetzige Veteran nicht mehr gelten lassen wollte, unter den gemeinrechtlichen Formen errichtet war, so konnte es auch nur durch ein förmliches Testament widerrufen werden[6]). So deutlich nun auch hier der Gegensatz zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnissen ausgesprochen ist, so ist doch der Versuch ge-

3) L. 22 D. *de adimendis vel transfer. legat.* (XXXIV. 4).

4) S. Cujacius ad Lib. VI. Responsor. Papiniani (ed. Neapolit. T. IV. p. 1085).

5) L. 36. §. 3 D. *de testam. milit.* (XXIX. 1).

6) S. oben Note 32. S. 298.

macht, die Stelle anders auszulegen. Joh. Wilh. Marckart ist auch hier wieder der eifrigste Gegner[7]; da eine buchstäbliche Interpretation seiner oben bereits widerlegten Ansicht, daß von jeher ein erweislicher Widerruf das Testament vernichtet habe, geradezu entgegensteht. Zwar verschmäht er die Auslegung, welche die Interpunction in der Ausgabe von Baudoza

„Veteranus moriens testamentum jure communi, tempore militiae factum, irritum esse voluit" —

ihm darbot, nämlich zu sagen: der Testator habe das Testament nicht durch den bloßen entgegenstehenden Willen, sondern nach der strengen Rechtsregel (jure communi) aufheben wollen, und darum habe das nicht vollständig erklärte zweite Testament auch das frühere nicht rumpiren können[8]. Allerdings fühlte er wohl, daß er dadurch den bestrittenen Satz — die leichtere Möglichkeit, Legate als Erbeseinsetzungen aufzuheben, geradeswegs zugebe. Darum schlägt er einen anderen Weg ein. Nach seiner Meinung nun drücken die Worte: heredum institutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero u. s. w. keinen eigentlichen Gegensatz aus, sondern sie beziehen sich nur auf das vorgelegte factum. Gefragt wurde: können die Vermächtnißnehmer ihre Vermächtnisse von den eingesetzten Erben fordern? Die Antwort sey: Nein, denn sie haben den Willen des Testirers gegen sich, folglich steht ihnen doli exceptio entgegen. Es sey hier also gar nicht die Rede von einem Streit zwischen den Intestaterben und den Testamentserben, und in soferne

7) Marckart interpret. receptar. jur. civil. Lection. L. II. Cap. II.

8) l. l. p. 185 sq.

habe der Jurist sagen können: heredum institutionem in eodem statu mansisse (!). Anders würde der Jurist geantwortet haben, wäre ihm die Frage vorgelegt, ob nicht die Intestaterben dem Testamentserben vorgehen müßten? worauf er ohne Zweifel bejahend geantwortet haben würde [9]). — Das Gegentheil glauben wir dreist versichern zu dürfen; denn wäre auch die Stelle nicht so klar, wie sie ist, so würde Papinian doch schwerlich hier eine andere Antwort gegeben haben, als in dem oben referirten und von ihm in demselben Buche der Responsen vorgetragenen Falle [10]).

Zwar hat man sich auch wohl noch auf die L. 12 D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9) zum Beweise berufen, daß es Fälle gegeben habe, wo blos darum, weil der Testamentserbe nicht die suprema voluntas für sich habe, derselbe von der Erbschaft ausgeschlossen worden sey. Allein die Stelle beweist hier überall nichts, da sie von dem besonderen Rechte des Fiscus spricht, wegen Indignitätserklärung des Erben dessen Erbtheil an sich zu ziehen [11]).

Was nun den Grund dieser Verschiedenheit anbetrifft, so ist derselbe nicht schwer zu erkennen. Das Testament bezieht sich der Hauptsache nach nur auf den Erben, Ver=

9) Marckart l. l. §. 3. p. 189 sqq.

10) Die richtige Erklärung dieser Stelle findet sich fast bey allen älteren und neueren Auslegern. Ich nenne hier nur die Gl. Acc. a. u. b. ad h. l. *Jac.* Cujacius in L. VI. Resp. Papin. (T. IV. ed. Neapolit. p. 1075). *Barth.* Chesius in differ. jur. Cap. XXXIV. Nr. 5. (in Heineccii jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 723).

11) S. hier insonderheit Pothier ad tit. *de adim. vel transfer. legatis.* Nr. V. Note i. (Pand. Justin. T. II. p. 430) u. vgl. oben S. 263. Not. 54.

mächtnisse sind unwesentliche Theile desselben. Darum schadete ungiltige Erbeseinsetzung den Vermächtnissen, nicht aber umgekehrt [12]), darum konnte ein Legatar, nicht aber der Erbe Zeuge bei der Testamentshandlung seyn [13]) u. s. w. Ueberdies ist das Verhältniß zwischen Erben und Legatar ein ganz anderes, wie das zwischen Testaments- und Intestat-Erben. Nach dem Willen des Testators hat der Vermächtnißnehmer ein Forderungsrecht gegen den Erben, es ist daher sehr natürlich, daß der entgegenstehende Wille des Testirers dem Erben auch eine exceptio wider diese Forderung verschaffe. Dagegen das Verhältniß zwischen Testaments- und Intestaterben ist lediglich darnach zu bestimmen, ob ein rechtsgiltiges Testament in der Mitte liege, oder nicht. Endlich mußte man um so eher geneigt seyn, die Nothwendigkeit einer förmlichen Aufhebung der Legate aufzugeben, da Codizillarverfügungen aller Art zur Zeit der juristischen Klassiker ohne alle Form errichtet werden konnten; es würde daher geradezu inconsequent gewesen seyn, die indirecte prätorische Aufhebung (per exceptionem) die Wirkung einer nur schlechthin erklärten Aufhebung der Legate versagen zu wollen [14]).

Durch diese Erörterung über das vorjustinianische Recht sind wir nun in den Stand gesetzt, mit wenig Worten die oben (S. 320 fgg.) aufgeworfene Frage zu entscheiden. — Justinian spricht in der L. 27 C. de

12) L. 17 D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (XXVIII. 2).

13) §. 10 u. 11 J. *de testam. ordin.*

14) Etwas anders sucht *Barth.* Chesius (differ. Cap. XXXIV. Nr. 6 bei Heineccius p. 723. 724) den Unterschied zu erklären. Eine Vergleichung muß ich dem Leser überlassen, da es nicht die Mühe lohnt, die etwas verworrene Erklärung hier auszuziehen.

testamentis nur von dem Widerruf des Testaments im Ganzen, nicht von der Aufhebung einzelner darin enthaltener Verfügungen. Hätte nun über die letztere nicht schon vorher ein besonderes Recht gegolten, so würde man allenfalls sagen können, daß auch Vermächtnisse nicht anders aufgehoben werden könnten, als durch neues Testament, physische Zerstörung des alten und Widerruf vor drei Zeugen oder vor Gericht, in Verbindung mit einem zehnjährigen Zeitablauf. Jetzt aber ist eine solche Auslegung nach juristischen Grundsätzen ganz unmöglich, theils wegen der Regel: **species generi derogat**, theils weil Justinian gewiß nicht beabsichtigte, den Widerruf letztwilliger Verfügungen mehr zu erschweren, als bisher der Fall gewesen war; sondern nur, die Neuerung des K. Honorius aufzuheben, oder vielmehr einzuschränken, daneben aber auch den Testatoren es möglich zu machen, ein Testament, welches ihnen gerade nicht zur Hand war, ohne Errichtung eines neuen Testaments aufzuheben.

In Ansehung der Vermächtnisse besteht also das frühere Recht unverändert; sie können nämlich durch jede erweisliche Willensänderung des Testirers, ausdrücklich und stillschweigend aufgehoben werden [15]). So wenig daher Justinian's Verordnung hier anzuwenden ist, eben so sind auch die besonders bei den älteren Juristen herrschenden Meinungen, wonach die Aufhebung der Vermächtnisse bald vor fünf bald vor zwei Zeugen erklärt werden soll [16]), unbedenklich zu verwerfen.

15) S. Weber zu Höpfner's Institutionen-Commentar §. 518. Note 6 a. E. Nr. 1.

16) Sie finden sich bei Stryk in den cautel. testam. Cap. XXIV. §. 41 erwähnt.

§. 1430.

b) Von der Realrevocation durch neues Testament.

Die wichtigste der s. g. Realrevocationen ist: Errichtung eines neuen Testaments. — Ein späteres Testament hebt das frühere auf[17], das letzte geht allen vorausgegangenen vor[18]; und zwar tritt diese Wirkung ganz von selbst ein, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufrufung der früheren Testamente in dem späteren bedarf[19]. Dies beruht an sich auch so sehr in der Natur der Sache, daß es nicht erst erklärt zu werden braucht, ja man muß es höchst auffallend finden, wenn Particularrechte erfordern, daß das frühere Testament in dem späteren ausdrücklich widerrufen werde[20]. Denn ist es Jemandem

17) Gaji inst. II. 144. §. 2 J. *quib. mod. test. infirm.* — Ulpiani Fragm. XXIII. 2.

18) S. Quinctiliani declamat. 308. „*Testamenta ultima rata sint;*" oder „manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat, post quod nullum testamentum est." S. auch L. 1. §. 1 D. *de B. P. sec. tab.* — „tabulas — Praetor sequitur supremas." — Daher auch die Ausdrücke supremum judicium, suprema voluntas, postremum judicium, oder bei dem Dichter (*Valer.* Martialis epigrammat. Lib. IV. Epigr. 70) ultimae cerae für Testament; denn nur der zuletzt ausgesprochene Wille gilt dafür. Vgl. Schrader ad §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* init.

19) L. 27 C. *de testam.* — — „si perfectissima est secundi testamenti confectio, *ipso jure prius tollitur.*" — Vinnius ad §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* in notis.

20) Z. B. Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 7. §. 2. — Vgl. auch Cod. civil. Art. 1036, worin der Widerruf alsdann

gestattet, so oft er will über ein Rechtsobject zu verfügen, so versteht es sich von selbst, daß die letzte Verfügung über das nämliche Object alle übrigen ausschliessen muß. Nur Das kann gefragt werden: weshalb das letzte Testament bei den Römern (wenigstens in der früheren Zeit) **unbedingt** ausschliessend war, so daß also der in einem vorausgegangenen Testamente eingesetzte Erbe auch alsdann vollständig ausgeschlossen wurde, wenn der im folgenden Testamente ernannte nur auf einen Theil ein-

für nöthig erachtet wird, wenn das folgende Testament nicht seinem ganzen Inhalte nach schlechthin unverträglich ist mit dem früher errichteten. Indessen so lange nur noch von dem die Rede ist, was die Sache von selbst mit sich bringt, setzen auch wir natürlich voraus, daß in dem späteren Testamente über das Ganze verfügt sey. — Uebrigens streiten die französischen und niederländischen Juristen darüber, ob nicht der ausdrückliche Widerruf besondere Rechtswirkungen habe? namentlich: ob nicht das frühere Testament dadurch für aufgehoben zu halten sey, auch wenn das spätere, als unvollkommenes, nicht bestehen könne, — ob der Mangel des ausdrücklichen Widerrufs nicht die Folge habe, daß das frühere Testament wieder giltig werde, wenn das folgende wirkungslos werde, z. B. durch Ausschlagung der Erbschaft. (Vgl Garnier diss. de testamentor. revocatione p. 14). Nach dem röm. Rechte kann die letztere Frage schon gar nicht aufgeworfen werden (§. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* „Posteriori testamento superius rumpitur, nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit"), und auch die erstere muß nach gemeinrechtlichen Prinzipien verneint werden, indem einem Testament, welches nicht als ein vollständiges nach dem Willen des Testirers bestehen kann, überall keine Wirkungen zugeschrieben werden dürfen (§. 7. Inst. *eod.*).

gesetzt war [21]). Doch ist der Grund davon nicht eben weit zu suchen. Durch das Testament verfügt der Erblasser über die familia; hierunter ist nun aber nicht etwa eine theilbare Masse von Vermögensobjecten zu verstehen, sondern eine unzertrennbare Einheit von Rechten und Verbindlichkeiten, die vermögensrechtliche Person des Erblassers, wie Huschke sehr bezeichnend sagt [22]), weshalb es denn in sich widersprechend erscheinen mußte: über die familia verfügen, und dennoch die Verfügung auf einzelne Objecte oder Theile beschränken wollen [23]). Man könnte wohl gar annehmen, daß ursprünglich deshalb nur ein Erbe ernannt werden durfte, welcher alsdann an Andere das zu entrichten hatte, was ihm der Testirer auftrug [24]). Indessen berief doch auch das Gesetz mehrere gleich nahe Verwandte zur Erbschaft, und so scheint es denn, daß die aus dem Begriff der familia abzuleitenden Beschränkungen der Testirfreiheit von jeher nur ob-

21) In der Folge wurde dies freilich modifizirt. S. §. 3 J. *quib. mod. test. infirm.* Das Nähere hierüber s. beim folgenden §.

22) S. dessen Abhandlung über die Rechtsregel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, in dem Rhein. Museum Bd. VI. Nr. VIII. u. das. besonders S. 274—281 u. S. 296 fgg.

23) Vgl. Dernburg Beiträge zur Gesch. der röm. Testamente S. 313 fg.

24) Zur Unterstützung dieser Meinung könnte dann noch angeführt werden, daß bei der Beschreibung des alten Mancipationstestaments allenthalben nur von einem familiae emtor die Rede ist, (s. Gaji Inst. II. 102. Ulpiani Fragm. XX. 2), welcher doch, wie wir mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annehmen dürfen, ursprünglich der eigentliche Erbe war. S. oben S. 255 fgg. Not. 45.

jectiver, nicht subjectiver Art gewesen seien, d. h. daß die familia zwar ganz manzipirt werden mußte, die hereditas aber Mehrere haben konnten[25]). So lange nun also die Manzipationstestamente die allein übliche Form für letztwillige Verfügungen eines Nichtsoldaten waren, verstand sich die ausschliesliche Geltung nur eines Testaments von mehreren, die denselben Urheber hatten, ganz von selbst. Aber auch die prätorische Testamentsform konnte auf dies Recht direct keinen Einfluß haben, indem ja der Prätor aus einem mit sieben Zeugen Siegeln besiegelten Testamente eine **secundum tabulas Bon. Possessio** gab, wie wenn förmlich manzipirt wäre, und eben so wenig wurde hierin durch die unter den christlichen Kaisern aufgekommene neue Testamentsform etwas geändert, wie denn ja überhaupt Rechtsbegriffe und Grundsätze, welche sich unter dem Einflusse einer alten Rechtsform gebildet haben, mit dem Verschwinden derselben noch keineswegs ihre alte Bedeutung verlieren[26]).

So ist denn also ein Zusammenhang zwischen der Regel: **nemo paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest** und zwischen unserem Grundsatz unverkennbar, indem die juristische Consequenz erfordert, daß, wenn überhaupt nicht theilweise verfügt werden darf, auch eine Zertheilung der familia durch meh-

25) Vgl. Huschke a. a. O. S. 275—281.

26) Beispielsweise berufe ich mich hier nur auf die Litiscontestation (mein Lehrb. des Pand. R. §. 144) und auf die Emanzipation, L. ult. C. *de emancip.* (VIII. 49). §. ult. J. *de legit. agnator. success.* — — „emancipationes liberorum semper *videantur contracta fiducia fieri.*" — Vgl. auch Wenckii praef. ad Hauboldi opuscula. Vol. I. p. XXIX.

rere Dispositionen nicht geschehen könne. Auf diesen Zusammenhang weist denn auch Ulpian sehr deutlich hin, wenn er sagt: ein Soldat könne aus mehreren Testamenten beerbt werden („militi licet plura testamenta facere") weil es ihm gestattet sey, wirksam auch über Theile seines Vermögens zu verfügen und es im Uebrigen bei der Intestaterbfolge zu belassen: „quum et ex parte heredem instituere possit, *hoc est, ex parte testato ex parte intestato decedere*" [27]).

Dennoch aber hat die Regel: nemo pro parte testatus u. s. w. ihre eigenthümliche Bedeutung; so daß eine Argumentation aus derselben auf mehrere testamentarische Dispositionen des nämlichen Erblassers nicht nur sehr bedenklich, sondern durchaus unzulässig erscheint.

Zuvörderst drängt sich uns die Frage auf: wie kam es, daß die alterthümliche Rechtsregel immer nur auf einen Widerstreit der beiden möglichen Delationsgründe des Erbrechts bezogen wurde? „Unius pecuniae plures *dissimilibus de causis* heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset," sagt Cicero [28]), und Pomponius: „Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et *testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*" [29]). Nirgends findet sich eine solche Regel in Beziehung auf das Verhältniß mehrerer Testamente ausgesprochen; denn nur die Neueren haben sich durch Abstraction die Regel gebildet: nemo cum pluribus testamentis decedere potest. Zwar hat es

27) L. 19 pr. D. *de test. milit.* (XXIX. 1).

28) Cicero de invent. L. II. c. 21.

29) L. 7. D. *de reg. jur.*

seine Richtigkeit, daß über die s. g. directe Erbfolge nicht durch mehrere neben einander bestehende Testamente verfügt werden konnte. Nur für einen Soldaten war dies möglich, da hier lediglich der Wille des Testirers und nicht die Form der Verfügung die Wirkung der Disposition bestimmte; in dieser Hinsicht sagt denn Ulpian: militi licet plura testamenta facere[30]), woraus sich denn allerdings ergiebt (was aber auch ohnehin ausser Zweifel ist): ein Paganus könne so nicht verfügen, d. h. die juristische Consequenz bringe es mit sich, daß man nicht aus verschiedenen Testamenten direct beerbt werden könne[31]). Hievon aber abgesehen, kommt immer nur der Wille des Testirers in Betracht, oder: directe und indirecte (fideicommissarische) Erbfolge kann ganz unbedenklich neben einander bestehen[32]). Die familia kann nur aus einem Testament vererbt werden; so schließt also das letzte ein früheres in dieser Hinsicht immer aus, ja, ist in dem letzten nicht auf eine solche Art verfügt, daß sich der Wille des Testirers erkennen läßt, auch das frühere seinem Inhalte nach gelten zu lassen, so muß es dieses nothwendig vollständig ausschliessen. Im entgegengesetzten Falle aber hat der im letzten Testamente eingesetzte Erbe den im ersten ausgesprochenen Willen des Erblässers wie andere ihm gemachte Auflagen anzuerkennen und zu erfüllen. Und dies darf nicht etwa als spä-

30) L. 19 pr. D. *de test. milit.* — Vgl. Huschke a. a. O. S. 326.

31) Ueber eine durch den Prätor vermittelte Ausnahme (L. 1. §. 6 D. *de Bon. poss. sec. tab.*), deren Daseyn freilich noch sehr streitig ist, s. den folg. §. und oben S. 83. Note 86 d. Bdes.

32) L. 12. §. 1 D. *h. t.* — §. 3. J. *quib. mod. test. infirm.*

ter erst aufgekommenes Recht betrachtet werden. Fideicommisse sind ohne Zweifel sehr alt[33]); eigentlich ungiltig waren nur die gegen gesetzliche Verbote gemachten fideicommissarischen Zuwendungen[34]), — die fideicommissa tacita (die heimlichen), wie sie auch hiessen[35]).

33) Dafür spricht nicht blos die Beschreibung der ältesten Mancipationstestamente bei Gajus (II. 102 — — „amico familiam suam — mancipabat, *eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet*"), sondern es wird auch durch die bei Cicero vorkommenden Fideicommiß-Fälle bewiesen, aus denen sich zugleich ergiebt, daß die im Testamente bittweise gemachten Aufträge, erfüllt werden mußten, wenn sie nur nicht gegen bestehende Gesetze waren (Cic. de finib. II. cap. 17. 18. Ders. in Verr. II. L. 1. c. 47. Vgl. *Valer. Maximi* dictor. factorumq. memorabilium Lib. IV. Cap. 2. Nr. 7). Nichtsdestoweniger kann man die Aeusserung Justinian's: „*omnia fideicommissa primis temporibus* infirma fuisse" (§. 1. Inst. *de fideic. heredit.*) ganz buchstäblich verstehen, ohne daß hieraus folgen würde, sie hätten zur Zeit der freien Republik noch überall keine juristische Wirksamkeit gehabt. Ueberdies gehen auch die in den Institutionen (l. l.) und von Theophilus ad h. l. vorgetragenen Anwendungen auf solche Fälle, wo die fideicommissarischen Anordnungen contra legem scriptam waren. Man kann endlich zugeben, daß die Neuerung unter Augustus (die Anordnung eines Magistratus zum Rechtsprechen über die Fideicommisse und überhaupt das Aufkommen fester Rechtsgrundsätze über Dispositionen dieser Art, §. 12 J. *de fideic. hered.*) alle und jede Fideicommisse umfaßte, ohne daß daraus folgt: früher seien Fideicommisse überhaupt nicht juristisch bindend gewesen.

34) S. die vor. Note, und besonders die daselbst sich findenden Citate aus Cicero.

35) S. z. B. L. 103 D. *de leg.* I. L. 1 C. *de delatorib.* (X. 11).

Die Relationen in den Quellen, welche man gewöhnlich auf das erste Aufkommen der Fideicommisse bezieht, gehen theils nur auf Milderungen jener Verbote, theils auf die Möglichkeit, ohne eigentliches Testament solche Verfügungen zu treffen [36]).

Ganz anders verhält sich die testamentarische zur Intestat-Erbfolge. Durch Testament wird die gesetzliche Erbfolge mit Nothwendigkeit vollständig ausgeschlossen. Nur durch testamentarische Disposition wird es alsdann überhaupt noch möglich, den Intestaterben etwas zuzuwenden, ist dies aber geschehen, so ist nun der Erblasser immer testatus verstorben [37]). Daher konnte denn Pomponius mit buchstäblicher Wahrheit sagen: earum rerum *naturaliter inter se pugna est*, testatus et intestatus (s. Note 29). Modificationen hievon kommen nur folgende vor: a) der Erblasser kann seine Intestaterben mit Fideicommissen belasten [38]). Allein abgesehen davon, daß dies erst möglich wurde, seitdem die Codizillar-Verfügungen aufkamen, so existirt hier ja überall kein eigentliches Testament, wenn aber Niemandem durch Testament die familia zugewandt ist, so darf man auch

36) Pr. Inst. *de codicill.*

37) Huschke a. a. O. S. 330.

38) L. 8 pr. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7). — „Und auch hier wird noch der Gesichtspunct angenommen, daß der Erblasser zum Besten seiner Intestaterben testamentarisch verfügt habe. So sagt Paulus (in L. 8. §. 1 D. *de jure codicillor.*): Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, *quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*“

nicht von der Concurrenz einer testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge, sondern blos von einer Beschränkung der letzteren sprechen. — b) Sodann können in Folge gewisser Impugnativmittel gegen ein Testament gewisse Verfügungen desselben aufrecht erhalten werden [39]), nämlich bei contra tabulas B. P. [40]) und querela inofficiosi testamenti [41]). Indessen hier ist es ja überall nicht der Wille des Erblassers, wodurch ein solches Resultat herbeigeführt wird; darauf allein aber geht die Regel. Es heißt nämlich nur: es ist unmöglich, daß beim Tode des Erblassers aus einem doppelten Grunde, theils durch Testament, theils lege deferirt werde, oder: es könne Niemand ex parte testatus, ex parte intestatus *decedere* [42]);

39) Man vgl. im Allgemeinen hiermit Huschke a. a. O. S. 317 fgg. u. S. 333—364. — Der Commentar über den §. 1440 in dem Titel *de hered. instituendis* wird mir Veranlassung geben, nicht blos die verschiedenen Meinungen über den Grund der Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest näher zu beleuchten, sondern auch Huschke's neue Ansichten über die Modificationen dieser Regel zu prüfen, was um so nöthiger seyn wird, als dieselben zum Theil gegen die in den vorausgehenden Bänden dieses Commentars vorgetragenen gerichtet sind.

40) S. hierüber Bd. 37 d. Comment. S. 8—52. Vgl. damit Huschke a. a. O. S. 317—320. S. 333—336.

41) S. hierüber namentlich L. 24 in f. D. *de inoff. test.* (— „pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur") u. Bd. 35 d. Comment. S. 362—437. Vgl. damit Huschke a. a. O. S. 336—358.

42) S. Seuffert im Archiv für civilist. Praxis Bd. III. Abhandl. XV. §. 6. 7. S. 219 u. S. 220. Note 26. Huschke a. a. O. S. 337.

keineswegs aber wird gesagt: es sey nicht möglich, daß ein Testament nur zum Theil realisirt werde. Vielmehr heißt es in dieser Beziehung: „nec absurdum videtur, pro parte *intestatum videri*“ [43]), oder: es kann gar wohl in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung oder richterlichen Erkenntnisses dahin kommen, daß nur ein Theil der testamentarischen Disposition bei Kräften bleibt, folglich in Ansehung des übrigen Vermögens Intestaterbfolge eintritt.

Fassen wir nun noch einmal Alles kurz zusammen. Wir finden im römischen Rechte die völlig ausnamslos bestehende Regel: Wer ein Testament macht, kann nicht für einen Theil seines Vermögens Intestaterbfolge eintreten lassen wollen. Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß Jemand durch mehrere Testamente wirksam über sein Vermögen disponire, wenngleich die hereditas oder die s. g. directe Erbfolge nur durch eines übertragen werden kann. Allerdings lassen sich diese Einschränkung und jene Regel aus einem Prinzip ableiten; ihre practische Bedeutung ist aber durchaus verschieden. Die Regel stellt beide Delationsgründe in einen entschiedenen Gegensatz, so daß der eine durch den anderen ganz ausgeschlossen wird; hinsichtlich mehrerer Testamente aber führt die Unzulässigkeit einer getheilten familiae mancipatio nur zu einer Beschränkung in Ansehung der Art der Succession, im Uebrigen geht Alles nach dem Willen des Erblassers. Durch dieses practische Uebergewicht der Regel wird denn auch die Entstehung derselben und die Art ihrer Fassung hinreichend erklärt. Eine Regel, welche so lautete: nemo pluribus testamentis decedere potest, konnte nur in

43) L. 15. §. 2 D. *de inoff. test.* — Aehnlich heißt es in L. 19 *eod.*: „pro parte intestata *efficitur*.“

einer gewissen Beziehung wahr seyn, und daher leicht misverstanden werden. In der That existirt eine solche Regel auch nicht; denn obgleich Ulpian sich über das Recht der Soldaten einmal so äussert, als hätte für Nichtsoldaten die Regel gegolten: **Pagano non licet plura testamenta facere** (Note 30), so dürfen wir hierin doch nur den Ausdruck eines für Jene geltenden Rechts in einer Form finden, welche nach dem ganzen Zusammenhange nicht misverstanden werden konnte.

Was nun die practische Anwendung dieser Sätze anbetrifft, so haben wir unläugbar mit dem römischen Testamentsrecht auch den Grundsatz angenommen, daß die testamentarische Verfügung in Beziehung auf directe Erbfolge ausschlieslich sey, selbst in dem Fall, wenn der Testirer nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen würde, weshalb denn, in Ermangkung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen, auch nur die Ausnahmen davon zugelassen werden können, welche das röm. Recht anerkennt [44]). Nur das besondere Recht der Erb-

44) Neuere Particularrechte haben freilich bisweilen den ganzen Satz aufgehoben. S. das allg. Landrecht für die Preuß. St. Th. I. Tit. 12. §. 572—574. Darnach gilt der in dem folgenden Testamente ernannte Erbe nur für einen Miterben des früher eingesetzten, wenn der Testirer erklärt hat, daß das erste Testament bei Kräften bleiben solle. Aehnlich ist die Sache in dem allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreichischen Staaten §. 713 bestimmt. Doch wird hier zugleich verordnet, daß, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen werde, das frühere Testament ganz aufgehoben seyn und der Theil, worüber nicht disponirt ist, den Intestaterben zufallen solle. Das Preußische Recht entscheidet diesen letzteren Punct überall nicht. Nach den allgemeinen Prinzipien dieses Gesetz-

verträge zwingt uns, hier noch einen Schritt weiter zu gehen. Zwar hebt ein Erbvertrag das vorausgegangene

buchs über Erbrecht, soviel dieselben mit Sicherheit erkannt werden können, würde in einem solchen Falle die letzte Disposition nur als Einschränkung der früheren anzusehen seyn, und zwar der in diesem Eingesetzte eigentlicher Erbe bleiben, der in dem letzteren Bedachte die Rechte eines bloßen Vermächtnißnehmers haben. Die Bestimmung des Landrechts nämlich, daß in Ansehung des Theils, worüber nicht disponirt ist, die gesetzliche Erbfolge eintrete (Th. I. Tit. 12. §. 45. §. 256—258), oder m. a. W. die Regel: Nemo pro parte testatus u. s. w. nicht gelten solle, kann hier nicht eingreifen, indem dabei vorausgesetzt wird, daß nicht schon ein Testament existire, oder das vorhandene giltig aufgehoben worden sey. Eben so wenig kann hier die Vorschrift zur Anwendung kommen, daß ein Testament, welches durch ein späteres aufgehoben ist, wenn auch dieses nicht bestehen kann, dennoch nicht wieder zu Kräften komme, sondern die gesetzliche Erbfolge Statt finde (Landr. a. a. O. §. 580). Denn eben die Voraussetzung, daß durch das letztere Testament das frühere aufgehoben sey, tritt hier nicht ein, vielmehr ist hier das *Prinzip*, worauf die gleich folgende Vorschrift (§. 581) beruht, anzuwenden: daß das frühere Testament seine Giltigkeit behalte, wenn bei dem späteren nicht einmal die Erfordernisse eines giltigen Widerrufs anzutreffen seien. Ein Testament ist nämlich nach dem Preußischen Landrecht nur vorhanden, wenn der Erblasser über den ganzen Inbegriff seines Nachlasses verfügen will. Beziehen sich seine Anordnungen ausdrücklich nur auf gewisse Stücke, Summen oder *Antheile* (also partes quotae) seines Nachlasses, so ist die Verfügung nur ein Codizill, wenn auch der Testator die Honorirten *Erben* genannt haben sollte (Landr. a. a. O. §. 4. 5. §. 254—257). So wie nun diese Honorirten im Verhältnisse gegen die Intestaterben nur als

Testament ebenfalls auf, wenn dadurch über den Nachlaß vollständig verfügt wird [45]); auch kann der Inhalt eines Testaments auf ähnliche Art in den Erbvertrag aufgenommen werden, wie der eines früheren Testaments in das spätere, so daß der Vertragserbe als directer Erbe dasselbe zu erfüllen hat [46]). Eine andere Frage aber ist: ob eine Disposition theilweise durch Testament und theilweise durch Erbvertrag so erfolgen könne, daß Testaments- und Vertragserbe als directe Universalerben neben einander succediren? Diese Frage ist bereits oben (S. 80—84 dieses Bandes) zur Sprache gebracht und bejahend beantwortet. Hier mag

Legatarien anzusehen sind (ebendas. §. 258), so ist auch ihr Verhältniß gegen den früheren Testamentserben auf gleiche Weise zu bestimmen, indem ja durch eine solche Verfügung das frühere Testament nicht aufgehoben werden kann (arg. §. 572. §. 582. §. 587). Allerdings ist auch in dieser Materie der Ausdruck des Gesetzbuchs keineswegs so bestimmt und genau, als man das nach den gemachten Vorarbeiten wohl erwarten dürfte; so kann es namentlich leicht mißverstanden werden, wenn es §. 572 heißt: das frühere Testament verliere seine Gültigkeit, wenn die darin enthaltene Erbeseinsetzung durch das spätere abgeändert werde, in dem §. 574 aber zur Erhaltung derselben die ausdrückliche Erklärung verlangt wird, daß auch die Erbeseinsetzung des früheren bei Kräften bleiben solle. Daß indessen eine letzte Willenserklärung, worin nur ein Erbe zu einer Quote eingesetzt ist, in dem Sinne des Landrechts ein Testament heissen könne (wie Gans in den Beiträgen zur Revision der Preußischen Gesetzgebung Bd. I. S. 139 annimmt), läßt sich gewiß nicht vertheidigen.

45) Vgl. Friedr. Ludw. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landr. Bd. VI. S. 471 fg.

46) Vgl. oben §. 1421 f. S. 73 fgg. S. 97 fg. (Nr. C.)

darüber noch Folgendes bemerkt werden. Regeln des römischen Rechts über Testamente, welche ihren Grund lediglich in einer den Testamenten eigenthümlichen Verfügungsform haben, diese mag wirklich noch angewandt werden, oder nur durch Fiction auf neuere Formen übertragen seyn, können auf Erbverträge nicht bezogen werden. Wenn daher der Erblasser zuerst ein Testament errichtet, darauf aber einen wahren Beerbungsvertrag, jedoch ausdrücklich nur über einen Theil seines Vermögens eingeht, so kann der Vertragserbe auch blos in Beziehung auf diesen Theil die Rechte eines directen Erben haben, dem Testamentserben verbleiben mithin für den übrigen Theil seine Rechte aus dem Testamente, das ja nur theilweise aufgehoben wurde. Wenn umgekehrt der über einen Theil der Erbschaft geschlossene Erbvertrag früher ist als das Testament, so kann durch dieses dem Vertragserben von seinem Rechte nichts entzogen werden; da aber der Erblasser über den Theil, welchen der Vertragserbe nicht in Anspruch nehmen darf, seine volle Verfügungsfreiheit behält, so muß ihm in Ansehung desselben auch directe Erbeseinsetzung möglich seyn. Solche Anomalien waren unvermeidlich, wenn einmal zwei Rechtsinstitute von so durchaus verschiedenem Character, wie Testament und Erbvertrag, neben einander bestehen sollten. Gegen das hier angenommene Resultat würde man sich daher auch selbst alsdann nicht einmal auf die Regel berufen können: nemo pro parte testatus u. s. w., wenn in der That hieraus mit absoluter Nothwendigkeit folgte, daß Niemand aus mehreren Testamenten beerbt werden könne. Daß dies aber keineswegs der Fall sey, habe ich vorhin auszuführen versucht. Man würde einen Gesetzgeber gewiß nicht der Inconsequenz zeihen können,

wenn er jene Regel ausdrücklich bestätigte, daneben aber gestattete, daß ein Erblasser durch ein späteres Testament nur theilweise direct verfügen, theilweise es also bei der im früheren Testamente enthaltenen directen Disposition bewenden lassen dürfe. Jenes kann den guten Grund haben, den Verwirrungen vorzubeugen, welche allerdings leicht zu befürchten sind, wenn ein Testator die so wichtige Frage: Wer ihn beerben solle? für einen Theil seines Vermögens ganz unbestimmt läßt. Durch dieses aber wird im Grunde doch nur der schon von den Römern anerkannte Satz in seiner vollen Bedeutung geltend gemacht, daß nämlich, wenn einmal die gesetzliche Erbfolge gehörig ausgeschlossen ist, lediglich der Wille des Testirers die Art der Erbfolge bestimme; daß allein der im letzten Testamente eingesetzte Erbe der eigentliche heres sey, ist ja doch nur durch streng juristische Consequenz in das römische Recht gekommen, und das Gegentheil läßt gewiß eben so wenig Verwirrungen befürchten, als wenn ein Testirer sich in demselben Testament mehrere Erben ernennt. — Jedenfalls aber dürfte jetzt die bereits an einem anderen Orte (S. 82 d. Bdes.) vorgetragene Bemerkung hinreichend gerechtfertigt erscheinen, daß man der Regel: Nemo pro parte u. s. w. eine Bedeutung beilege, welche sie auch im röm. Rechte nicht gehabt habe, wenn man sie zur Verneinung der Frage benutze: ob zum Theil durch Testament, zum Theil durch Erbvertrag über directe Erbfolge verfügt werden könne?

Also durch ein späteres zu Recht beständiges Testament wird das frühere ipso jure aufgehoben, und diese Wirkung wird auch dadurch nicht entkräftet, daß das letzte Testament wieder wegfällt, oder sonst ohne Wirkung bleibt. Mithin ist und bleibt das frühere Testa-

ment rumpirt, wenn gleich a) das spätere wirksam widerrufen oder vernichtet wird[47]), oder b) der darin eingesetzte Erbe die Erbfähigkeit verliert, oder sonst aus dem Testamente nichts erhalten kann oder die Erbschaft ausschlägt[48]), oder c) wenn die Bedingung nicht eintritt, unter welcher der Erbe eingesetzt wurde, falls nicht die Bedingung eine uneigentliche ist, welche den Erfolg überall nicht suspendirt, also eine conditio in praeteritum oder in praesens collata, z. B. Titius soll mein Erbe seyn, wenn er bereits bei Errichtung dieses Testaments ein öffentliches Amt erlangt hat. Entweder ist eine solche Bedingung eingetreten; alsdann gilt die Einsetzung als eine unbedingte, folglich tritt die Ruption des ersten Testaments ohne Weiteres ein, oder sie ist nicht eingetreten; in diesem Falle ist die Einsetzung von Anfang an wirkungslos, mithin als gar nicht vorhanden anzusehen, weshalb denn auch dem zweiten Testament überall keine Wirkung zugestanden werden kann. Hierüber äussert sich eine aus Pomponius Lib. secundo ad Qu. Mucium entlehnte Stelle[49]) wie folgt: „Quum in secundo testamento heredem eum, qui vivit[50]), instituimus,

47) Von einigen Modificationen dieses Satzes wird beim folgenden §. gehandelt werden. Vorläufig sind hier zu vergleichen: L. 92 D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5). L. 11. §. 2 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11).

48) §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* Vgl. Gaji Inst. II. 144.

49) L. 16 D. *h. t.*

50) In der Accursischen Glosse findet sich dabei die Bemerkung: *maxime;* nam idem si postumum. Ein solcher könnte hier zur Noth auch unter dem vivus gemeint seyn, wegen des Satzes: „conceptus quodam-

sive pure sive sub conditione, si tamen conditio existere potuit[51]), licet non exstiterit, superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit. Nam aut in praeteritum concepta ponitur, veluti: *si Titius consul fuit*, quae conditio[52]) si vera est —, ita est institutus Titius, ut superius testamentum rumpatur; tum enim ex hoc heres esset[53]); si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quodsi ad praesens tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti: *si Titius con-*

modo in rerum natura esse existimatur" (L. 7 D. *de suis et legitimis* XXXVIII. 16). Indessen würde auch dadurch der Gedanke des Juristen noch nicht erschöpfend ausgedrückt seyn. Der Jurist will sagen: daß der eingesetzte Erbe erbfähig seyn müsse, wenn anders dem zweiten Testamente vis rumpendi beigelegt werden soll. Daß derselbe zur Zeit der Einsetzung am Leben sey, darf hier also nur als Beispiel der Erbfähigkeit angesehen werden.

51) S. die weiter unten im Text folgende Erklärung dieser Worte.

52) Daß hier, so wie bei dem folgenden Beispiele einer conditio in praesens collata der Ausdruck conditio nicht in seinem eigentlichen juristischen Sinne gebraucht werde, bemerkt auch der Scholiast der Basiliken h. l. Schol. l. T. V. p. 281 ed. *Fabr.*

53) Haloander will hier *est* lesen. Indessen wird der Sinn durch *esset* offenbar besser ausgedrückt: ist die Bedingung vorhanden, so kann der Titius Erbe aus dem Testamente seyn, — er würde es seyn, wenn er wollte, oder zur Zeit des Todes des Erblassers noch fähig wäre; dadurch aber, daß dies etwa nicht der Fall ist, wird die einmal erfolgte Ruption des Testaments nicht wieder vernichtet.

sui est, eandem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur, si non sit, non possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatae conditiones, si possibiles sunt, exsistere potuerunt, licet, non exstiterint[54]), efficiunt, ut superius te-

54) Die Haloander'sche Lesart: si possibiles sunt *et* existere *poterunt*, efficiunt (mit Weglassung des vorangehenden licet non exstiterint) scheint auf den ersten Anblick den Vorzug vor der Florentinischen zu verdienen. Auch fehlt *es* ihr nicht an handschriftlicher Autorität; wenigstens das *et* hinter possibiles sunt findet sich in der Göttinger Handschrift, so wie in folgenden Ausgaben: Lugd. 1524. Fr. Fradin. Par. 1527 Chevallon. — Miraeus oder Corpus jur. Augustini. — Lugd. 1552 ap. Hug. a Porta, u. in mehreren anderen. Wenn indessen auch die Schwerfälligkeit der Construction dadurch verschwindet, so wird dafür eine desto unerträglichere Tautologie in den Satz hineingebracht. Denn die conditiones quae possibiles sunt et existere possunt sind nichts anders als: mögliche Bedingungen, welche möglich sind! Zwar scheint nach der Florentin. Lesart ein eben so unleidlicher Pleonasmus angenommen werden zu müssen wegen des doppelten: licet, oder etiamsi non exstiterint. Lös't man indessen den Satz gehörig auf, so erscheint die Darstellung nicht eigentlich pleonastisch, sondern sie leidet nur an unnöthiger Weitschweifigkeit, wie die ganze Stelle. Pomponius würde nämlich hiernach sagen: „auf die Zukunft bezogene Bedingungen, wenn sie möglich sind, konnten doch einmal existiren, ungeachtet sie wirklich nie existirten; sie bewirken daher stets Ruption des Testaments, auch wenn sie nicht eingetreten sind." Dieser Sinn ergiebt sich sehr leicht und ohne daß es einmal nöthig ist, bei *efficiunt* ein igitur oder eine ähnliche Partikel hineinzudenken, wenn

stamentum rumpatur, etiamsi non exstiterint; si vero impossibiles sunt, veluti: *Titius, si digito coelum tetigerit, heres esto*, placet perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis." — Ungeachtet einzelner Textes-Corruptionen und Darstellungs-Mängel ist doch der Sinn dieser Stelle der Hauptsache nach durchaus klar. Einige Schwierigkeit machen hier nur die Worte des ersten Satzes: „*si tamen conditio existere potuit.*" Diese Worte, wenn man sie lediglich nach ihrer grammatischen Bedeutung und ihrem logischen Zusammenhange interpretirt, müssen so verstanden werden: nur dann tritt Ruption des früheren Testaments ein, wenn die Bedingung möglicherweise existiren kann, unter welcher der Erbe im zweiten Testament eingesetzt ist. Und einen ähnlichen Gegensatz scheint Pomponius auf den ersten Anblick auch durch die gegen den Schluß vorkommenden Worte: si possibiles sunt ausdrücken zu wollen. Nun wissen wir aber, daß

man die Worte: si possibiles sunt exsistere potuerunt (oder poterunt), licet non exstiterint, in eine Parenthese einschließt. Dies ist auch schon von Pothier geschehen in den Pand. Justin. h. t. Nr. VI. T. II. p. 192, und auf ähnliche Art, wenn gleich weniger bestimmt, erklärt auch *Gregor.* Majansius ad triginta ICtor. Fragm. T. I. p. 243. Nr. V. Nach der in der Kriegel'schen Ausg. gewählten Interpunction ist es übrigens ganz unmöglich einen Sinn in die Stelle zu bringen, wenn man nicht das eine licet (oder etiamsi) non exstiterint ganz wegstreicht. — Uebrigens bemerke ich noch, daß die Worte *licet non exstiterint* ausser bei Haloander sich allenthalben in den von mir verglichenen Ausgaben finden; bei Russardus sind sie indessen in Klammern eingeschlossen.

bei letztwilligen Verfügungen unmögliche Bedingungen für nicht geschrieben galten, mithin die Disposition als eine unbedingte bestand[55]). Zwar fand hierüber ein Sectenstreit statt, indem die Proculejaner die Disposition selbst wegen hinzugefügter Bedingungen für ungiltig hielten[56]). Allein die Praxis erklärte sich entschieden für die entgegengesetzte Ansicht[57]), und daß auch Pomponius dieser Meinung zugethan war, ist ausser Zweifel[58]) und ergiebt sich auch deutlich genug aus dem Schlußsatze unserer Stelle selbst, indem er sagt: *placet* perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis." Wie sind nun aber damit die obigen Worte (si tamen conditio existere potuit) zu vereinigen? Uebersetzen lassen sie sich nicht anders als: vorausgesetzt, daß ihr Eintritt möglich ist[59]). Nach

55) §. 10 J. *de heredib. instit.* L. 1 D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7) L. 3 D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1).

56) Gaji Inst. III. 98. — „legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adjecta non esset; *diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem.*"

57) L. 3 D. *de condit. et demonstrat.* (*Ulp.*) „*Obtinuit*, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas." — Vgl. Wilh. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (auch unter dem Titel: Versuche im Gebiete des Civilrechts. Zweiter Theil. (Giess. 1834) §. 6. S. 32.

58) L. 6 in f. D. *de condit. et dem.* — „Sabinus quoque et Cassius, quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis esse; *quae sententia admittenda est.*"

59) „Sous une condition, dont l'evénément n'est pas im

der Accursischen Glosse soll dadurch Dasselbe ausgedrückt seyn, wie in der L. 1 dieses Titels durch die Worte: „Testamentum — rumpitur testamento, *ex quo heres existere poterit.*“ Auf diese Weise wird aber der Widerspruch nicht beseitigt, sondern erst recht begründet. Es würde hiernach nämlich das Testament, worin der Erbe unter einer unmöglichen Bedingung eingesetzt ist, ungültig seyn, folglich auch das frühere nicht rumpiren können; damit sind aber die Schlußworte unmöglich zu vereinigen. Besser schon erklärt Pothier, indem er die obigen Worte auf das jus strictum bezieht, wonach das zweite Testament gleich Anfangs nichtig sey, das frühere also bei Kräften bleibe, — den Schlußsatz aber auf das später eingetretene mildere Recht[60]). Indessen ist es doch immer höchst bedenklich anzunehmen, daß der Jurist nur so schlechthin und ohne irgend einen vermittelnden Ausdruck altes und neues Recht nebeneinander gestellt haben sollte. Befriedigender dürften folgende Vereinigunsversuche seyn. Zuerst, daß man mit Wegwerfung des *si* (welches allerdings ei-

possible“ heißt es in der französischen Uebersetzung von Hulot (Par. 1804), oder in der deutschen Uebersetzung von Hunger: „wenn auch die Bedingung nicht eintrat nur muß sie möglich gewesen seyn.“ (Das Corp. jur. civil. ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter. Bd. III. H. 1. 2. (Leipz. 1831) S. 39. Der Uebersetzer ist dieser Uebertragung wegen auch gewiß nicht zu tadeln. Nur die Erklärer verdienen keine Entschuldigung, wenn sie den Widerspruch überall nicht berücksichtigen, welcher zwischen diesen Worten und dem Schlußsatz der Stelle, so wie anderen in die Compilation aufgenommenen Grundsätzen liegt; und doch geschieht dies von den Wenigsten.

60) Ad h. l. Nr. VI. Pand. Justin. T. II. p. 191. Note g.

nem zerstreuten Abschreiber leicht in die Feder gekommen, aber auch von einem unwissenden des ihm nöthig scheinenden Zusammenhangs wegen absichtlich hinein corrigirt seyn kann) — den ganzen Satz auf ähnliche Art, wie den am Schlusse folgenden (si possibiles sunt — licet non exstiterint) erklärt, so daß der Jurist hiernach in parenthesi sagen würde: es kann doch die Bedingung möglicherweise existiren, wenn sie auch nicht wirklich zur Existenz kommt[61]). Den Vorzug verdient aber noch wohl eine zweite Erklärung, wornach der ganze erste Satz dem von Pomponius nur commentirten Qu. Mucius angehört[62]), der hiernach denn freilich die Ansicht gehabt

61) Westphal (in der Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 908) läßt in der That das *si* bei dem Abdruck der Stelle weg, und mag sich daher wohl die Sache auf die obige Art gedacht haben. Indessen kann dies eben so leicht auf einem bloßen Versehen beruhen, da er eine abweichende Lesart gar nicht einmal erwähnt. Auch giebt es schwerlich eine äussere Autorität dafür. Ausser den bekannteren Ausgaben haben sämmtliche folgende das *Si*: **Venet. 1477. Jenson. Ib. 1506. de Tortis. Lugd. 1524. Fr. Fradin. Par. 1527. Chevallon.** — **Miraeus** oder **Corp. Augustini.** — **Haloander.** — **Lugd. ap. Hug. a Porta 1552.** — **Contius.** — **Russardus.** — Auch in der Göttinger Handschr. fehlt es nicht.

62) So erklärt auch Majansius ad trig. ICt. Fragm. T. I. p. 242. Nr. 1, ohne übrigens einen Widerspruch zwischen der Aeusserung des Qu. Mucius und der am Schlusse der Stelle folgenden von Pomponius zu finden. „Si subtiliter Qu. Mucii sententiam et Pomponii explicationem conferre velimus, nihil differunt," heißt es am Ende der Erörterung über die Stelle (Nr. VII. p. 244.) Mucius habe nur von möglichen Bedingungen gehan-

haben muß, welche später als die der Proculejaner in Umlauf kam. Die Worte: „Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit“ u. s. w. kündigen sich fast von selbst als eine nähere Bestimmung des vorausgegangenen Satzes an. Gehen wir nun hievon aus, so erscheint auch der ganze Schlußsatz in einem viel besseren Zusammenhange. Nachdem nämlich der Jurist sich über die conditiones in praesens und in praeteritum conceptae geäussert hat, kommt er auf die in futurum collatae, und bemerkt: diese sind entweder möglich, — dann rumpiren sie das frühere Testament, weil sie eintreten können, wenn sie auch wirklich nicht eintreten, — oder sie sind unmöglich, — dann vernichten sie es, weil die neue Disposition nunmehr als eine unbedingte gilt.

Eine Hauptstelle nun über die Kraft eines gehörig errichteten Testaments, ein vorausgegangenes von selbst zu zerstören, auch wenn aus irgend einem Grunde seine Wirksamkeit gehindert wurde, ist der §. 2 Inst. *quib. modis test. infirm.* Sie ist aus den Commentarien des Gajus (II. 144) genommen, jedoch mit einigen Weglassungen, die weiter unten zur Sprache gebracht werden sollen, und lautet wie folgt: „Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius

delt, weil blos diese als wirkliche Bedingungen anzusehen seien, Pomponius aber habe der vollständigeren und deutlicheren Erklärung halber sich auch auf die uneigentlichen Bedingungen — die in praesens oder praeteritum collatae, so wie die unmöglichen — eingelassen. — Das liesse sich hören, wenn es nur irgend mit den gebrauchten Ausdrücken verträglich wäre. So wie diese aber lauten, wird in der That die Ruption des zweiten Testaments davon abhängig gemacht, daß die Bedingung zum Kreise der möglichen gehöre.

rumpitur. Nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu exsistere potuerit. Ideoque si quis [63]) aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, ante quam hereditatem adiret, decesserit [64]), aut conditione, sub qua heres

63) Bei Gajus finden sich hier noch die Worte: „*ex posteriore testamento, quod jure factum est.*"

64) Bei Gajus folgen hierauf noch die Worte: „aut per cretionem exclusus fuerit." Cretio ist die förmliche Erbschaftsantretung innerhalb einer vom Erblasser im Testamente bestimmten Frist. (Gaji inst. II. 164. „Extraneis heredibus solet cretio dari, i. e. finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur. Ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere." Vgl. Schilling Bemerk. über röm. Rechtsgesch. S. 78 fg.) Daß ein solches Versäumniß nicht anders behandelt wurde, als die Nichtexistenz einer Bedingung, bedarf wohl keiner Erklärung. — Wäre übrigens ein Erforderniß der Cretio die Ernennung eines Substituten für den Fall der Versäumniß gewesen, wie namentlich Schweppe (Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer §. 454. S. 792. Nr. 3.) behauptet, so hätte die unterlassene Cretio überall nicht als Ursache genannt werden können, wodurch ein Testament wirkungslos werde und Intestaterbfolge eintrete, wie dies doch Gajus ausdrücklich sagt (II. 144). In der That ist aber auch zu jener Behauptung nicht der geringste Grund vorhanden, indem die Quellen zuerst von dem Recht der Cretion im Allgemeinen, und sodann von der Substitution und den hierauf sich beziehenden Besonderheiten des Cretionsrechts handeln. S. Gaji inst. §. 164—178. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 27 sqq.

institutus est, defectus sit, in his casibus *pater-familias intestatus moritur:* nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit."

Soll also das folgende Testament diese Wirkung haben, so muß es jure perfectum (oder wie Gajus sagt jure factum) seyn, — d. h. es muß Jemand möglicherweise daraus Erbe werden können[65]). Diese deutliche Bestimmung darüber: wann ein Testament non perfectum sey, schließt alle Zweifel, welche sonst über die Bedeutung des Ausdrucks wohl entstehen könnten[66]), von selbst aus. Perfectum ist das Testament, wenn, abgesehen von späteren Ereignissen, welche seine Wirksamkeit hindern, der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus demselben hätte erhalten können. Die hier vorzugsweise in Betracht kommenden Hindernisse sind oben (S. 350 fgg.) genannt; andere, welche nicht blos das spätere Testament, sondern alle und jede Dispositionen des Erblassers treffen (z. B. testamentum irritum factum) brauchen dabei nicht besonders erwähnt zu werden. Nur in Ansehung eines durch Agnation eines Postumus rumpirten Testaments darf hier die Bemerkung nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß, wenn in einem früheren Testamente der Postumus gehörig berücksichtigt, in einem späteren aber übergangen ist, jenes dennoch durch dieses rumpirt wird und es auch bleibt, welche Wendung im übrigen die Sache nehmen möge. Erscheint der Postumus und überlebt auch den Erblasser, so schließt er alle Testamentser-

65) Aehnlich drückt sich Papinian in der L. 1 D. *h. t.* aus: „Testamentum — — *ex quo heres exsistere poterit.*"

66) S. oben S. 119 fg. dies. Bandes, bes. Note 63.

ben aus, im entgegengesetzten Falle ist das Recht des im zweiten Testamente ernannten Erben wirksam [67]).

Imperfectum oder non jure factum ist mithin das Testament, wenn gleich Anfangs, oder bei dessen Entstehung solche Mängel vorhanden sind, die seiner Giltigkeit in den Weg treten, m. a. W. wenn es überall nicht auf gehörige Weise errichtet ist. Welche Mängel nun dahin gehören, ist hier nicht der Ort näher auseinanderzusetzen, vielmehr wird eine Verweisung auf die an einer anderen Stelle dieses Titels bereits gegebene übersichtliche Darstellung der Testamentsmängel im Allgemeinen genügen können [68]). Nur Einzelnes ist hier zur besonderen Erörterung hervorzuheben.

I. Fehlt dem eingesetzten Erben die Erbfähigkeit, so kann das ganze Testament nicht zu Recht bestehen, folglich auch nicht die Wirkung haben, ein früheres zu zerstören. Nun nennt Gajus (II. 144) unter den Fällen, wo die Ruption des Testaments erfolgt, ungeachtet der im zweiten Testamente eingesetzte Erbe nichts bekommt, auch den, wenn der Erbe „propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit ab hereditate." Schwerlich ist anzunehmen, daß Gajus hierbei an den doch gewiß nicht häufigen Fall dachte, wo Jemand erst nach Errichtung des Testaments durch Auflösung der Ehe caelebs geworden war; und wie hätte er sich auch sonst so allgemein ausdrücken können: wenn Jemandem wegen Cölibats nach der *Lex Julia* sein Erbrecht entzogen ist. Diese Stelle bestätigt daher den, besonders in ganz neuerer Zeit erst recht hervorgehobenen Unterschied zwischen Erbfähigkeit und jus capiendi, und

67) L. 12 pr. D. *h. t.* (S. auch unten §. 1432.)

68) S. oben §. 1426. S. 119—124. Nr. I.

die daran geknüpfte Folge, daß für letzteres nur auf den Zeitpunct des deferirten Erbrechts gesehen wurde[69]); aus der ersteren Eigenschaft folgt keineswegs immer die Fähigkeit eines Honorirten, das ihm im Testamente Zugedachte auch wirklich zu erwerben. So heißt es namentlich von dem, welcher wegen Indignität auch nur aus dem Testamente eines bestimmten Erblassers nichts erwerben kann: **capere non potest ex testamento**[70]); die Erbfähigkeit darf ihm aber deswegen gewiß nicht abgesprochen werden[71]). Nur für die eigentliche Erbfähigkeit

69) S. Wilh. **Müller** über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Giessen 1827) §. 31. — Die Verschiedenheit wird zugegeben und für wichtig erklärt, die obige Folge aber abgeläugnet, mithin die practische Bedeutung des Unterschieds so gut wie aufgehoben in v. **Schröter's** Abhandl. über die mortis causa donatio, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. II. Abh. Nr. IV. S. 120 fg. (Nr. 4). S. dagegen **Hasse** im Rhein. Mus. Bd. III. S. 411—415, wo sich überhaupt sehr beherzigungswerthe Bemerkungen über die Sache finden. — Zu einer genaueren Erörterung dieser Begriffe wird uns der im folgenden Bande enthaltene Commentar des Titels *de heredib. instit.* Gelegenheit geben. Was hier darüber gesagt ist, sollte blos zum besseren Verständnisse der Stelle von **Gajus** dienen, durch welche der Unterschied einen so erheblichen Stützpunct erhält.

70) L. 128 D. *de legat.* I.

71) S. **Müller** a. a. O. S. 85 fg. — Nach **Hasse's** richtiger Bemerkung (S. 413) ist das capere non posse bei der Indignität nicht durchaus dasselbe, wie bei den Incapacitäts-Fällen der Lex Julia. Indessen kann dies doch nur heissen: die Ursachen der Indignität und der Incapacität sind verschieden, und insbesondere zeigt sich eine große Verschiedenheit in Absicht auf die Frage: Wer bekommt

(die s. g. testamentifacto passiva) aber kommt die Zeit der Testamentserrichtung in Betracht [72]). Ob Jemand als indignus zu behandeln sey, darüber entscheidet der Zeitpunct der Delation des Erbrechts [73]), oder ein noch späterer [74]). Da nun dem Caelebs nirgends die Erbfähigkeit abgesprochen wird, sondern es immer nur heißt: Caelibes per legem Juliam hereditates legataque *capere* prohibentur [75]) so müssen wir auch hier jenen Unterschied anwenden, der überdies an sich und nach dem

Das, was der Incapax oder Indignus nicht erhalten kann. Im Uebrigen findet sich eine wesentliche Uebereinstimmung der Begriffe: das Gesetz und was diesem gleich ist entzieht einem an sich Erbfähigen zur Strafe (wenn man diesen Ausdruck in einer sehr allgemeinen Bedeutung hier gelten lassen will) Erbtheil oder Vermächtniß. Ueberdies darf man mit großer Wahrscheinlichkeit die Lex Julia et Papia Poppaea als Quelle auch der Indignität betrachten. (Vgl. Heineccius comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. Cap. VII. p. 415 sqq.) So handelten die römischen Juristen in ihren Commentarien zu dieser Lex auch von Indignitäts-Fällen (L. 9 u. 10 D. *de his quae ut indignis aufer.* XXXIV. 9) und daß der Ausdruck capere posse oder non posse der Lex Jul. so recht eigenthümlich ist, läßt sich leicht beweisen. S. z. B. Gaji inst. II. 111 und 286. Ulpiani Fragm. Tit. XV—XVII und die bei Brissonius de V. S. v. *capere* §. 3 angeführten Stellen.

72) L. 49. §. 1 D. *de heredib. instit.*

73) Vgl. L. 9 pr. u. §. 1 D. *de his quae ut indignis* mit L. 4 D. *de adimend. legat.*

74) S. z. B. L. 13. §. 9 D. *de jure Fisci* (XLIX. 14) — „quasi indigni repelluntur, — — qui de inofficioso egerunt, vel falsum dixerunt testamentum." —

75) Gaji inst. II. §. 111 u. 286.

Zwecke der Gesetze, welche blos das jus capiendi einschränken, so natürlich ist, daß man kaum begreift, wie er dennoch so häufig übersehen werden konnte; nur die geringe practische Bedeutung desselben im neueren Recht, und der Umstand, daß in unseren Rechtsquellen auch die passive Testamentifaction bisweilen wohl durch capere posse bezeichnet wird[76]), erklärt dies einigermaßen. — So konnte denn also Gajus unter den Gründen, welche bei vorhandenem Rechtsbestande des Testaments nur dessen Wirksamkeit hindern, auch die Entziehung des Erbrechts wegen Cölibats nennen: durch Einsetzung eines Ehelosen wird das frühere Testament rumpirt; allein wenn derselbe beim Tode des Erblassers noch unverheirathet ist und nicht zu den ausgenommenen Personen gehört, so wird er, eben so wie der in dem früheren Testament eingesetzte Erbe, von der Erbfolge ausgeschlossen[77]).

76) §. 4. J. *de hered. qual. et differ.* — „*Testamenti* autem *factionem* non solum is *habere videtur*, qui testamentum facere potest, sed etiam, *qui ex alieno testamento — capere potest.*“

77) Anstoß wird man wohl nicht daran nehmen, daß Gajus sagt: in diesen Fällen trete Intestaterbfolge ein. Dies war freilich in Absicht auf die wegen Cölibats der Erben wirkungslos gewordenen Testamente nicht der Fall, indem die pars caduca entweder dem Aerarium anfiel, oder unter gewissen Voraussetzungen anderen Honorirten desselben Erblassers accrescirte; (s. z. B. Ulpiani Fragm. Tit. XVII). Indessen kam es ja nur darauf an, die Fälle zu bestimmen, in welchen ein wirkungsloses Testament dennoch die Kraft hat, ein früher errichtetes zu rumpiren. In solchen Fällen tritt denn allerdings regelmäßig die Intestaterbfolge ein; einzelne Gründe können noch besondere Folgen erzeugen, deren Erörte-

II. Auch muß das Testament in Ansehung der äusseren Solemnitäten perfect seyn. Hierauf zunächst geht die aus dem zweiten Buche über Sabinus hergenommene Stelle von Ulpian: „Tunc autem prius testamentum rumpitur, *quum posterius rite perfectum est*, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur"[79]). — Von dem Grundsatz nun, daß nur ein unter den gehörigen Solemnitäten — rite[80]) — errichtetes Testament vim rumpendi habe, läßt unsere Stelle zwei Ausnahmen oder Einschränkungen zu: wenn jure militari testirt, und wenn zum Besten der Intestaterben das Testament errichtet ist; oder wie wir sagen können: ein früheres Testament wird auch durch ein in privilegirter Form errichtetes folgendes Testament aufgehoben, falls sich in dieser Hinsicht nicht wieder besondere Beschränkungen finden, wie bei dem testamentum parentum inter liberos[81]). Als wahre Ausnahmen von der Regel aber: daß nur durch ein zweites vollständiges Testament das erste zerstört werden könne, lassen sich diese

rung lag aber ausser dem Kreise der gegenwärtigen Aufgabe des Juristen.

79) L. 2 D. *h. t.*

80) In einem aus Cujacius entlehnten Zusatz von Heineccius zu Brissonius de V. S. *v.* rite heißt es: „*Rite* et *recte* sic differunt. *Rite* solennia et ritus respicit, *recte* aequitatem seu causam. (Das materielle Recht würden wir dafür sagen können). Itaque miles jure militari *recte* testatus, non autem *rite*."

81) Nov. 107. Cap. 2 u. auth. *Hoc inter liberos* C. *de testam.* (S. oben S. 300 fg. u. Note 35.)

Fälle überall nicht ansehen; denn da ein privilegirtes Testament als ein vollständiges und gehörig errichtetes gilt, so können demselben auch in Ansehung der vis rumpendi keine geringeren Wirkungen beigelegt werden, als dem in gemeinrechtlicher Form errichteten[82]); darum hat denn auch das s. g. testamentum tempore pestis conditum[83]), sowie das ruri conditum[84]) gleiche Wirkung.

Anbelangend nun die zweite der von Ulpian genannten Ausnahmen, so wird dabei vorausgesetzt, daß in dem früheren vollständigen Testamente die nächsten Intestaterben nicht berücksichtigt, in dem zweiten dagegen eingesetzt sind[85]). Nach einer Verordnung des Kaisers Theodos II. aber wird ausserdem dazu erfordert, daß das folgende Testament vor fünf Zeugen errichtet sey, welche hierüber eidlich vernommen werden sollen[86]). In dem Justinianischen Codex lautet die hieher gehörige Stelle dieser Constitution so: „Si quis testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator

82) Vinnius ad §. 7 Inst. *quib. mod. test. infirm.* Nr. 5. — *Aug. Fr.* Schott de posteriore test. imperfecto prius perfectum non rumpente Cap. VII. (opusculor. p. 71 sq.)

83) L. 8 C. *de testam.* (VI. 23). S. hierüber unten §. 1485.

84) L. ult. C. *de testam.* — Das Nähere über dies Testamentsprivilegium unten §. 1484.

85) — „vel in eo scriptus est, *qui ab intestato venire potest.*" L. 2 D. *h. t.*

86) Novellae Theodosii II. Tit. XVI. §. 7. (Jus civile antejustin. ed. Berol. P. II. p. 1252 sq.)

instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, *qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur*; eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed *quasi voluntatem ultimam intestati* valere sancimus. In qua voluntate *quinque testium juratorum depositiones* sufficiunt; quo non facto, valebit primum testamentum, *licet in eo scripti videantur extranei*" [87]).

Ganz grundlos ist die Behauptung mancher Juristen, daß die Pandekten-Stelle (L. 2 D. *h. t.*) auf Veranlassung dieser Constitution interpolirt, — nämlich der Satz: „vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest" für ein Einschiebsel der Compilatoren zu halten sey [88]). Mit gleichem Rechte könnte man vielen anderen Stellen ihre Aechtheit streitig machen, worin sich altes Recht mit Zusätzen und näheren Bestimmungen wiederholt findet. — Was nun dies frühere Recht anbetrifft, so ist zuvörderst wohl ausser Zweifel, daß hier unter einem testamentum quod rite non est perfectum ein nur mit sieben Zeugen Siegeln besiegeltes, m. a. W. ein solches Testament verstanden wird, dem die civilrechtlichen Solemnitäten mangeln, woraus aber der Prätor eine secundum tabulas Bonorum possessio

87) L. 21. §. 5 C. *de testam.*

88) S. B. 36 d. Comment. S. 323. Note, wo einige der vorzüglichsten Vertheidiger dieser Meinung (Accursius, Ant. Faber, Hugo Grotius) genannt sind.

gab[89]). Ulpian also sagt: ausnamsweise rumpire ein solches Testament ein früheres civilrechtliches, wenn nämlich die nächsten Intestaterben darin eingesetzt seien. Mithin wurde in der Regel ein testamentum jure factum (das civilrechtliche) nur durch ein in derselben Form errichtetes zerstört, oder es genügte zur Ruption nicht, daß der Prätor aus dem zweiten Testamente eine secundum tabulas B. P. geben konnte (s. unten Note 97). Denn sonst hätte ja auch das gehörig besiegelte Testament, worin Notherben präterirt waren, ein früheres Testament zerstören müssen, da, um eine B. P. zu erhalten, eben weiter nichts als diese Form und die Testamentsfähigkeit des Erblassers erforderlich war[90]). Genug, eine B. P. erhielt Jeder, der sich auf ein solches Testament berufen konnte, allein wirksam (cum re) war sie nur, wenn keiner vorhanden war, welcher ihm das Erbrecht streitig machen konnte[91]). Im Fall einer Col-

89) Vgl. Gaji Inst. II. §. 119. 120. 147. S. Bd. 36 d. Comment. S. 315—323.

90) Gaji Inst. II. §. 119. 147. — L. 7 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). Vgl. L. 1. §. 8 *eod.*

91) Die B. P. ist also sine re, wenn jemand die Erbschaft nach Civilrecht wirksam in Anspruch nehmen darf (jure civili evincere hereditatem, wie Ulpian Fragm. XXVIII. §. ult. sagt. Vgl. auch Gaji Inst. II. §. 148); cum re ist sie, wenn der Bonorum possessor sich gegen die hereditatis petitio durch doli exceptio schützen kann. Gaji Inst. II. 120. — „Rescripto Imp. Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierit, *posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*“ Umgekehrt schützte sich der Intestaterbe durch doli ex-

ssion nun zwischen einem testamentum prius perfectum und posterius imperfectum (in dem oben bestimmten Sinne) gieng ersteres regelmäßig vor, oder die B. Possessio, welche der im letzten Testamente eingesetzte Erbe agnoscirt hatte, war sine re[92]). Hierüber äussert sich Gajus (II. 148. 149) sehr bestimmt mit folgenden Worten: „Qui secundum tabulas testamenti, quae — statim ab initio non jure factae sint — — — bonorum possessionem accipiunt, — — — si — ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. *Nam si quis heres jure civili institutus sit, vel ex primo, vel ex posteriore testamento*, (vel ab intestato jure legitimo heres sit), *is potest ab iis hereditatem avocare*"[93]).

ceptio gegen den Ausspruch des Testamentserben, wenn sein Recht als das wirksamere anerkannt war. L. 11. §. 2 D. *de B. P. sec. tab.* L. 1. §. 8 in f. D. *si tab. test. nullae.* (XXVIII. 6). L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4).

92) Vgl. *Fr.* Foerster de bonor. poss. liberor. praeteritor. contra tabulas Parentum P. II. §. 129. p. 394 sq.

93) Die im Text eingeklammerten Worte scheinen auf den ersten Anblick dem §. 120 zu widersprechen, wo der Jurist referirt, daß nach einem Rescript des K. Antonin der Bonorum possessor sec. tabulas den Intestaterben vorgezogen sey (s. Note 95). Man könnte also geneigt seyn zu glauben, daß Gajus in dem §. 149 überhaupt nur das alte Recht vortrage, zumal da in der Handschrift eine Lücke folgt, worin allenfalls die Erklärung hätte enthalten seyn können, daß seit dem Rescript des K. Antonin die doli exceptio Jedem zur Seite stehe, welcher sich auf ein auch nur nach prätorischem Rechte giltiges Testament berufen dürfe. Indessen darf man jene Worte (vel ab intestato jure legitimo heres sit)

Daß dies Recht aber noch zur Zeit **Ulpian's** galt, ergiebt sich mit völliger Bestimmtheit aus der Stelle, nach welcher nur das zum Besten der Intestaterben errichtete **testamentum posterius imperfectum** ein früheres **jure factum testamentum** zerstören soll (**L. 2** *h. t.*)[94]. Ueber den Grund dieses besonderen Rechts ist man keineswegs einverstanden. Gewiß ist es nicht blos am einfachsten, sondern auch am richtigsten, die rechtliche Begünstigung der Intestaterben als die hauptsächlichste Quelle desselben anzusehen[95]). Ob eine **Bonorum possessio cum re** oder **sine re** sey, hieng ja überhaupt nicht blos

unbedenklich auf das noch zu Gajus Zeit gegoltene Recht beziehen. Das Rescript setzt ja den Intestaterben nicht unbedingt dem **Bon. possessor sec. tabulas** nach, sondern nur für den Fall, wenn dem Testament ausser der civilrechtlichen Form gar nichts fehlt, also, wenn keine Notherbenrechte verletzt sind (Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 9. S. 117 und Bd. 36 des Comment. S. 315 fgg.); mithin war der in dem §. 149 allgemein ausgedrückte Vorzug der civilrechtlichen Intestaterben vor dem **Bon. Possessor sec. tab.** durch **Antonin's** Rescript nur modifizirt, nicht aufgehoben, und von dieser Modification handelte ohne Zweifel der Schlußsatz der Stelle.

94) Man hat auch wohl die **L. 12 pr. in f.** hieher bezogen, wo **Ulpian** sagt: „**Idem et circa** *injustum* **et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit** *ei, qui rem ab intestato auferre possit.*" Und allerdings steht diese Stelle mit dem besonderen Rechte eingesetzter Intestaterben in Verbindung. Doch kann von ihr erst unten §. 1432 die Rede seyn.

95) S. **Maranus** in **Paratitl. ad Pand. tit.** *de B. P. contra tab.* (Tolos. 1667) p. 695. v. **Bynkershoek observat. jur. Rom. Lib. II. Cap. 2 in f.**

von streng civilrechtlichen Voraussetzungen ab, sondern es wurde ganz vorzugsweise dabei das natürliche Familien- und Verwandtschaftsrecht berücksichtigt. Hierauf beruhete ja größtentheils die Bonorum possessio intestati, und so war es denn gewiß sehr natürlich, daß man eine Regel des Civilrechts nicht mit voller Strenge auf die Erben anwandte, welche den Willen des Gesetzes und den des Erblassers für sich hatten [96]). Zwar genügte ganz entschieden nie der bloße Wille des Testirers, damit die Intestaterben die doli exceptio wirksam dem testamentarischen Erben entgegensetzen könnten, wenn der Erblasser das Testament nicht mehr gelten lassen wollte. (S. §. 1429. S. 322—329). Allein hatten sie zugleich ein Testament für sich, woraus der Prätor eine Bonorum possessio gab, so lag es doch gewiß sehr nahe, noch einen Schritt weiter zu gehen, und diese Bonorum possessio für eine wirksame zu erklären; war sie aber dies, so hatte sie wesentlich dieselbe Wirkung, wie ein zweites civilrecht-

96) Wenn auch nicht in so weitem Umfange geltend, wie beim testamentum posterius imperfectum, so beruht es doch auf gleichem Grunde, daß die Vorschrift des Senatusconsultum Libonianum nicht gegen den Sohn des Testirers zur Anwendung gebracht, sondern demselben eine Bonorum possessio secundum tabulas gegeben wird, ungeachtet er seine eigne Erbeseinsetzung niedergeschrieben hat. L. 1 C. *de his qui sibi adscribant in testam.* (IX. 23). „*Imp. Antonin.* (212). Quamquam ita interpretantur Jurisperiti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem emancipatus filius patre dictante, tamen *si, quum testamentum non esset scriptum, justus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius* patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio.“

liches Testament, d. h. sie zerstörte das frühere Testament, weshalb denn auch Ulpian diesen Fall geradezu als Ausnahme von der Regel behandeln durfte, wonach nur ein posterius testamentum perfectum vim rumpendi haben kann[97]). Und hieraus dürfte es sich denn auch wohl am leichtesten erklären, warum mehrmals ganz allgemein gesagt wird: den Intestaterben stehe die doli exceptio zur Seite, oder sie erhalten die res, d. h. eine wirksame Bon. possessio, wenn sie den Willen des Erblassers für sich haben[98]); es war also nicht nöthig, daß dieser Wille auf civilrechtlich giltige Art an den Tag gelegt werde, wenn nur der Prätor ihn respectirte.

An dieses Recht schließt sich nun die Constitution des Kaisers Valentinian II. an. War gleich um diese Zeit das prätorische Testament noch nicht eigentlich ab-

97) S. Bd. 36 d. Comment. S. 319. — Aber, wie auch oben schon bemerkt wurde, auf diesen Fall und auf die vorzugsweise s. g. privilegirten Testamente muß man diese Ausnahme einschränken. Es zeugt daher voneiner Verkennung des wahren Wesens der Bon. possessio sec. tabulas, wenn man die allgemeine Regel aufstellt: es reiche zur Aufhebung des früheren Testaments eine solche Giltigkeit des zweiten hin, nach welcher eine secundum tabulas Bon. possessio aus diesem gesucht werden könne. So in Schweppe's röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung Bd. V. §. 870. S. 239 der Ausg. von Mejer.

98) Z. B. L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4). L. 1. §. 8 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6). — S. oben §. 1429. S. 323 fgg. S. auch Paulli sent. rec. Lib. IV. Tit. VIII. §. 2 (oder Lex Dei Tit. XVI. cap. 3) „Sane jure praetorio factum testamentum *objecta doli exceptione obtinebit.*" (S. Bd. 34 d. Comment. S. 262). Es ist nicht zu übersehen, daß in diesem Titel von der Intestaterbfolge gehandelt wird.

gekommen[99]), so hatten sich doch inzwischen solche Veränderungen zugetragen, womit das Privilegium der Intestaterben nicht bestehen konnte. Ein Rescript des K. Gordian aus dem Jahr 243 entschied: nach dem Prätorischen Edict werde freilich nur aus einem von 7 Zeugen besiegelten Testamente eine sec. tab. Bon. Poss. gegeben; könne aber nachgewiesen werden, daß das Testament mündlich vor 7 Zeugen errichtet worden sey, so habe es ausser allem Zweifel die Bedeutung eines civilrechtlichen Testaments, folglich sey auch das Recht des Erben auf secundum tabulas B. P. begründet; „jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati juris est“ [100]). Daß aus einem nuncupativen Testamente schon zur Zeit der juristischen Klassiker eine Bonorum possessio gegeben wurde, ist nicht zu

99) Mit den sieben Siegeln hatte man sich freilich schon lange nicht mehr begnügt, sondern bereits Ulpian und Paulus sprechen von der Nothwendigkeit einer eigenhändigen Namens-Beifügung bei den Siegeln der Zeugen, nebst Bemerkung, wessen Testament unter den Siegeln enthalten sey. L. 22. §. 4 und L. 30 D. *qui test. fac. poss.* Hierüber, so wie über die im Texte enthaltene Bemerkung wegen der Fortdauer des prätorischen Testaments darf indessen auf die bereits im vier und dreißigsten Bde. d. Comment. §. 1412 b. S. 269 enthaltene Ausführung, so wie auf die das. angeführten Schriftsteller, besonders auf v. Savigny's Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente (in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. I. Abh. V.) verwiesen werden. Vgl. auch Dernburg Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente §. 29. 30. S. 250 fgg.

100) L. 2 C. *de bon. poss. sec. tab.* (VI. 11).

bezweifeln [1]). In einem einzelnen Falle wurde dies freilich bezweifelt, wie wir eben aus jenem Rescript ersehen, und zwar aus dem Grunde, weil das Edict nur von einem durch sieben Zeugen besiegelten, also von einem schriftlichen Testamente spreche. Gordian erklärt diesen Zweifel für unbegründet, da ein solches Testament sogar als ein civilrechtliches bestehe, folglich auf den Grund desselben auch eine B. P. ertheilt werden könne [2]), und das am Schlusse der Constitution enthaltene Zeugniß: dies sey ausgemachten Rechtens, berechtigt wohl zu der Annahme, daß es nicht erst jetzt eingeführt wurde. Auch darf dabei nicht an eine Verbindung des Mancipationsritus mit der Handlung des mündlichen Testirens gedacht werden, etwa in der Art, wie dies beim ersten Aufkommen der Mancipationstestamente der Fall war [3]); denn nach Allem, was wir über die zur Kaiserzeit gebräuchlichen Mancipations-Testamente wissen, erforderten diese eine schriftliche Urkunde (tabulae testamenti) [4]). Genug, das palam nuncupare heredem [5]) galt für ein testamentum jure (civili) factum [6]), wogegen das schriftliche Testament, dem nichts als die Mancipationsform fehlte, ein testamentum imperfectum war; jenes

1) L. 8. §. 4 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (von Julianus). — Vgl. Koch Bon. poss. S. 240 fg.

2) L. 1 in f. C. *quorum bonor.* (VIII. 2).

3) Gaji Inst. II. 102.

4) Gaji Inst. II. 103. Ulpiani Fragm. XX. 9. — Vgl. Theophilus in paraphr. Inst. tit. *de test. ordin.* §. 1 in f.

5) L. 21 pr. D. *de testam. ordin.*

6) Vgl. v. Savigny Zeitschr. I. S. 94 u. Schilling rechtsgeschichtl. Bemerk. S. 376.

rumpirte ein früheres Testament, dieses blos in den ausgenommenen Fällen. Daß sich aber ein Unterschied, welcher nur durch völlig bedeutungslose Merkmale festgehalten werden konnte, allmählig ganz verlieren mußte, und daß Niemand mehr daran dachte, als die schriftlichen Testamente mit den Formalitäten immer häufiger wurden, welche wir zwar erst in späteren Gesetzen vorgeschrieben finden, die aber früher schon durch den Gebrauch aufgekommen waren [7]), — dies darf auch wohl allenfalls ohne bestimmte äussere Zeugnisse angenommen werden. Vollends ist aber daran nicht zu zweifeln, wenn wirklich die Meinung aufkam, daß kein Testament anders gelten könne, als wenn die Zeugen mit dessen Inhalt bekannt gemacht seien [8]); denn alsdann gab es ja überall kein Mittel mehr, ein test. jure factum von einem testamentum imperfectum (in dem hier gemeinten Sinne) zu unterscheiden. Mag man nun annehmen, daß Theodosius in der erwähnten Novelle das Mancipationstestament ganz abgeschafft habe, oder nicht [9]), — jedenfalls ist soviel gewiß, daß er ein Testament, welches vom Testirer, oder in dessen Ermangelung von einem achten Zeugen, sodann von den 7 Zeugen unterschrieben und besiegelt war, für ein perfectum testamentum erklärte. „*Non subscriptum* testamentum a testibus atque signatum (heißt es im §. 5 seiner Novelle) pro imper-

7) Vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 276—278.

8) So muß allerdings die Aeusserung des K. Theodosius II. in der Nov. *de testamentis* vom J. 439 (jus civ. antejust. Tit. XVI.) §. 1 verstanden werden. S. v. Savigny a. a. O. S. 87 u. Bd. 34 d. Comment. S. 255 u. 273.

9) S. hierüber Bd. 34 d. Comment. S. 271 fgg.

fecto haberi convenit.“ Dann bestimmt er (§. 6), wie ein mündliches Testament eingerichtet werden solle, und im §. 7: daß ein solchergestalt „jure perfecto“ zu Stande gekommenes Testament in der Regel nur durch ein eben so vollständiges aufgehoben werden solle, ausser wenn in dem folgenden die nächsten Intestaterben eingesetzt seien [10]). Daraus wird es denn auch vollkommen erklärt, wie der Kaiser dazu kam, dieses Privilegiums hier zu erwähnen, und dafür eine besondere Form vorzuschreiben. Er faßt das ganze bisherige Recht über die Testamentsform ins Auge, und die Begriffe, welche sich unter dem Einflusse des älteren Rechts gebildet hatten, erscheinen in seinem Gesetze zu den neueren Formen und Ansichten auf passendere Weise bestimmt und angewandt. Buchstäblich galt noch das Recht, daß ein folgendes testamentum imperfectum, wenn darin die Intestaterben eingesetzt waren, ein früheres perfectum aufhob. Allein welche Bedeutung konnte dies Recht noch haben, als das prätorische Testament förmlicher geworden war, und zuletzt ebenfalls als perfectum testamentum galt? Mag nun in der Verordnung von Theodos II. dies erst so bestimmt, oder, wie wahrscheinlicher ist, ein bereits gegoltenes Recht nur anerkannt seyn, — genug, wollte man jenes Privilegium wirklich beibehalten, so mußten die Bedingungen eines solchen testamentum imperfectum anders bestimmt werden. Durchaus angemessen war es nun, hierauf die inzwischen aufgekommene Codicillarform anzuwenden. Bekanntlich hat diese Form in einer Verordnung K. Constantin's (326) ihren Grund, daß zu

10) In dem Justin. Codex (L. 21. §. 3 *de testam.*) wird unter den Ausnahmen auch noch das testam. parentum inter liberos erwähnt.

einem Codizill, wie zu jedem Testamente, fünf oder sieben Zeugen erforderlich seien [11]), d. h. mit anderen Worten: es muß entweder die civilrechtliche (die Mancipations-Form), oder die prätorische Testaments-Form beobachtet seyn [12]). Jedenfalls wurde nun dadurch die letztere für Codizille als genügend anerkannt; also ein Testament, welches non jure factum war, woraus aber eine sec. tab. B. P. gegeben werden konnte, galt wenigstens immer doch als Codizill. Später schrieb Theodos II. die Zuziehung von 5 Zeugen (versteht sich ohne die Mancipationsform) bei Codizillen vor (424). In dem Theodosischen Codex fehlt freilich die darauf gehende Stelle der Constitution [13]) ganz, und nur im Justinianischen Codex findet sie sich [14]). Indessen darf man hieraus nicht schliessen, daß die ganze Verordnung wegen der fünf Codizillarzeugen erst durch Justinian hinzugekommen sey, da in der Westgothischen Interpretation zu dieser Stelle bestimmt gesagt wird, der letzte Theil der Stelle sey weggelassen [15]). Ohne einige Veränderungen und Auslassungen mag die Aufnahme in den Justinianischen Constitutionen-Codex wohl nicht erfolgt seyn, und vielleicht bezeichnete der Kaiser hier schon das vor fünf Zeugen errichtete Testament als imperfectum testamentum, jedes vor sieben Zeugen errichtete aber als per-

11) L. 1 Th. Cod. *de testam. et codicill.* (IV. 4).

12) v. Savigny Beitr. zur Gesch. der röm. Test. in der Zeitschr. I. S. 83 fg.

13) Die Constitution selbst ist die L. 7 Th. Cod. *de test. et codic.* (IV. 4).

14) Nämlich als L. ult. §. 3 C. *de codicill.* (VI. 36).

15) S. hierüber besonders Wenck in seiner Ausg. der fünf ersten Bücher des Theod. Cod. ad h. l. Note m. p. 210.

fectum[16]). Sey dem aber wie ihm wolle, so kann es doch nur für angemessen und consequent gehalten werden, wenn Statt des völlig bedeutungslos gewordenen Begriffs von testamentum imperfectum in dem alten Sinne der einer in Codizillarform errichteten letztwilligen Disposition substituirt wurde; denn dies ist ja doch das eigentliche testamentum imperfectum des neueren Rechts, man mag dabei auf die Sache oder auf die Form sehen.

Die Neueren bezeichnen nun ein solches Testament gewöhnlich schlechthin als testamentum posterius imperfectum, eine Benennung, welche wohl nur als abgekürzte Form der sonst hier nöthig werdenden Umschreibung anzusehen ist, indem dieselbe eigentlich auf alle s. g. privilegirten Testamente paßt. Indessen fehlt es nicht an Juristen, welche diesen Namen dem zum Besten der Intestaterben errichteten folgenden Testamente ausschliesslich vindiziren, weil es in der Theodosischen Constitution so genannt werde[17]). Dagegen könnte man sich nun allenfalls auf Ulpian berufen, welcher in der L. 2 D.

16) Wenigstens wird in der Nov. de testamentis v. J. 439 nirgends gesagt, daß die Begriffe von testamentum perfectum und imperfectum so bestimmt seyn sollten, sondern es werden diese Begriffe so angewandt, als stehe dies schon längst fest.

17) So namentlich *Christ. Greg.* Altner in der Diss. de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante (Erford. 1723) §. 24, wo es heißt: „*Unicus* datur casus, ubi imperfectum et alias ratione solennitatum penitus nullum testamentum prius perfectum infirmare potest.“ — Eine später — 1735 — ebenfalls zu Erfurt erschienenen Diss. von *Tob. Jac.* Reinharth über denselben Gegenstand habe ich nicht erhalten können.

h. t. dem perfectum testamentum auch das jure militari errichtete Testament entgegensetzt [18]). Doch möchte dies als blosse Wortstreitigkeit auf sich beruhen bleiben, wenn man nicht auch noch andere Folgerungen daran knüpfte. Es ist nämlich eine sehr gewöhnliche Meinung, daß eine solche Disposition überall nicht als wahres Testament angesehen werden dürfe; wie die übrigen privilegirten Testamente, sondern nur als codicillus ab intestato [19]). Für diese Meinung scheinen allerdings die Worte der Constitution zu sprechen: „Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam ejus voluntatem *non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere* censemus" [20]); ja sie ist unwiderleglich dadurch bewiesen, wenn man diese Worte streng grammatisch und ohne Rücksicht auf den Zusammenhang des Gesetzes mit dem früheren Recht interpretirt. Indessen dürften doch wohl folgende Gegengründe einige Beachtung verdienen. — In dem früheren Rechte wird unter dem test. imperfectum, welches ein vorausgehendes Testament rumpirt, wenn darin die Intestaterben eingesetzt sind, das in prätorischer Form errichtete verstanden. Ein

18) Auf ähnliche Weise nennt auch Justinian das testamentum parentum inter liberos ein imperfectum testamentum in der L. 21. §. 3 C. *de test.*

19) S. *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VI. Cap. 16. §. 12. Brunnemann comment. ad L. 21. §. 3 C. *de test.* Nr. 4. Struvius in Syntagm. jur. civil. Exercit. XXXII. Th. 41. Altner l. l. *Ge. Ludov.* Boehmer in der praefat. zum fünften Bande der Exercit. ad Pand. seines Vaters §. 15. Note m. Höpfner im Institutionen-Comment. §. 463. Note 1.

20) Nov. cit. §. 7 (oder L. 21. §. 5 C. *de testam.*)

solches Testament hatte alle Wirkungen eines vollgiltigen Testaments, nur nicht die Kraft das frühere civilrechtliche zu zerstören. Auch diese wird ihm in dem Falle beigelegt, wenn es zum Besten der Intestaterben errichtet ist; daß es aber darum in aller übrigen Hinsicht nur die Eigenschaft eines Intestatcodizills gehabt habe, wird gewiß Niemand behaupten wollen. Die Bestimmung des K. Theodosius nun, als eine blos correctorische, ist im Zweifel in dem Sinne zu verstehen, worin sie sich am wenigsten von dem früheren Recht entfernt. Seine Absicht war: ein besonderes Recht zu erhalten, oder vielmehr zu erneuern, das im Laufe der Zeiten seine Bedeutung verloren hatte. Da nun jeder Intestatcodizill auf gewisse Weise als Erbeinsetzung der Intestaterben anzusehen ist[21]), so wendet er die für Codizille geltende Form auch hier an, indem er bestimmt: eine solche Disposition solle nicht gleich einem Testament, sondern gleich einem Codizill gelten. Diese Worte auf die Wirkung zu beziehen, oder anzunehmen, daß darnach einem solchen Testamente ausser der vis rumpendi auch nur die Bedeutung eines Intestatcodizills zukommen könne, ist mit dem Zwecke des Gesetzes nicht wohl zu vereinbaren; besser bezieht man sie daher blos auf die Form. Die Verfügung (würde hiernach der Kaiser sagen) besteht zwar nicht als förmliches Testament — denn dazu gehören 7 Zeugen —, sie gilt und besteht aber so gut wie ein Intestat-Codizill, indem ja zu diesem auch nur 5 Zeugen nöthig sind.

Man darf übrigens nicht auch hierin eine bloße Wortstreitigkeit erblicken. Zwar ist a) soviel gewiß, daß

21) L. 3 pr. D. *de codicill.* (XXIX. 7). L. 16 in f. *eod.* (— „intestato patrefamilias mortuo — — codicilli — *vicem testamenti exhibent.*“).

in dem Testamente keine Enterbungen erfolgen dürfen, indem ja eine Grundbedingung der Giltigkeit desselben ist, daß die Intestaterben — nicht blos Einzelne, sondern alle, die mit einander zur Intestatsuccession gelangt seyn würden, wenn gar keine letztwillige Disposition vorhanden wäre — darin eingesetzt seien. Sodann b) muß ja auch der Intestaterbe die ihm in einem blossen Intestatcodizill auferlegten Vermächtnisse erfüllen[22]) und, daß c) auch in anderer Hinsicht der Intestaterbe, wenn er die Erbschaft erwirbt, in Ansehung der erbschaftlichen Rechte und Pflichten dem testamentarischen Erben gleich stehe, kann gar nicht bezweifelt werden. Indessen giebt es ja doch gewisse Verfügungen noch ausser der Enterbung, welche entweder nur in eigentlichen Testamenten oder doch nur in bestätigten Codizillen erfolgen können, als: Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsernennungen, directe Freiheitsertheilungen[23]). Wer also zu der gemeinhin angenommenen Meinung sich bekennt, darf dergleichen Anordnungen freilich nicht für giltig halten[24]); nach der hier dargelegten Meinung würden sie aber zu Recht bestehen[25]).

22) L. 3 pr. L. 8 §. 1 D. *de codicill.*

23) Die ersteren setzen, um als directe Substitutionen zu gelten, zu ihrer Giltigkeit stets ein eigentliches Testament voraus (§. 5 J. *de pup. substitut.* — vgl. L. 76 D. ad SCt. Trebell. XXXVI. 1); die beiden letztern Anordnungen können auch in bestätigten Codizillen erfolgen; L. 3 pr. D. *de test. tutela.* (XXVI. 2). L. 43 D. *de manumiss. test.* (XL. 4).

24) Brunnemann l. l. Nr. 5.

25) Allerdings würde, um dies Recht h. z. T. anwenden zu können, immer vorausgesetzt werden müssen, daß ein Vater seine unmündigen Kinder in dem früheren Testamente bona mente enterbt und in dem späteren instituirt hätte.

Auch kann ganz ausser Zweifel der Erblasser für die einzelnen Intestaterben die Erbquoten auf verschiedene Weise bestimmen. Mag man dies immerhin eine Vertheilung des Nachlasses unter die Intestaterben nennen[26]); die Erben erhalten die ihnen zugewiesenen Quoten Kraft der testamentarischen Disposition, sie sind also wahre Testamentserben[27]). Freilich ist es nicht mehr so

Und so ist denn freilich die practische Bedeutung dieser Streitfrage nicht groß, zumal da andere Verschiedenheiten zwischen testamentarischer und Intestat-Erbfolge, namentlich die verschiedene Wirkung der Ausschlagung, eben so gut auf Codizillar-Dispositionen, als auf wahre Erbeinsetzungen gehen; s. z. B. L. 4 §. 2 D. *si quis omissa causa test. ab int. possid. hered.* (XXIX. 4).

26) So Aug. Friedr. Schott in der comment. de posteriore testamento imperfecto prius perfectum non rumpente Cap. VII. p. 65. 66 der Opuscula. Mit Recht erklärt er sich gegen Diejenigen, welche das test. posterius imperfectum für einen bloßen Codizill halten; wenn er aber dasselbe bestimmt als „distributio quaedam hereditaria inter heredes ab intestato successuros a testatore facta", so fragt man billig wohl: wodurch denn eine solche Vertheilung jetzt von wirklicher Erbeinsetzung der Intestaterben sich unterscheiden lasse? S. darüber die folgende Ausführung im Text.

27) Zwar gestattete man einem Vater (vielleicht auch einem anderen Erblasser) eine Vertheilung des Nachlasses durch Codizille, wobei denn die Erben als Intestaterben gedacht wurden (L. 20 §. 3. L. 33. L. 39 §. 1 u. §. 5 D. *fam. ercisc.* X. 2). Indessen läßt sich im neuesten Recht eine Erbeinsetzung von einer Vertheilung der Erbschaft an die Intestaterben nur noch bei der divisio parentum inter liberos unterscheiden, indem diese ihrer Form nach weder Codizill, noch testamentum parentum inter liberos ist (s. Nov. 18 cap. 7. Nov. 107 cap. 3).

leicht, die Erbeinsetzung der Intestaterben von den Intestatcodizillen zu unterscheiden, seitdem alle Förmlichkeit bei der Erbeinsetzung aufhörte und der Grundsatz aufkam: *„in qualibet loquendi genere formata institutio* valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio“ [28]). Früher mußte man jedenfalls auf bestimmte Weise erklären, daß man die Intestaterben zu Erben einsetze [29]); jede indirecte Erklärung dieser Art, konnte nur als Intestatcodizill gelten. Z. B. wenn der Erblasser sagte: meinen nächsten Verwandten will ich die Ansprüche nicht entziehen, welche ihnen das Gesetz auf meinen Nachlaß giebt; jedoch erwarte ich von ihnen, daß sie die in dem Folgenden gemachten Auflagen getreulich erfüllen werden u. s. w. Jetzt kann das schon eher für Erbeinsetzung gelten. Nur im Allgemeinen läßt sich hierüber nichts festsetzen. Die Absicht des Testirers ist hier vor Allem zu berücksichtigen [30]); um sie zu ermitteln kommen auch die gebrauchten Ausdrücke ganz besonders in Betracht [30a]). Liegt in diesen überall keine bestimmte Erklärung darüber: Wer Erbe seyn solle, — so kann die

28) L. 15 C. *de testamentis* (aus d. J. 339).

29) Gaji inst. II. 116. 117. Ulpiani Fragm. Tit. XXI.

30) L. 1 D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7). „Saepissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur“.

30a) L. 16 §. 1 D. *de codic.* „Voluntatis autem quaestio ex scripto plerumque declarabitur. Nam si forte a Titio legata reliquit, *substitutum adscripsit, heres si non extitisset*, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligetur“.

Disposition nie als s. g. directe Erbeinsetzung bestehen. So würden wir auch heut zu Tage die Verfügung: meinem künftigen Erben, wer er auch sey, trage ich Dies oder Jenes auf[31]), mit den juristischen Klassikern nur für einen Codizill gelten lassen dürfen. Wenn nun aber Jemand etwa auf folgende Art verfügte: meine nächsten Verwandten sollen meinen Nachlaß dergestalt unter sich vertheilen, daß meine noch lebende Schwester oder deren Kinder $\frac{2}{3}$, meines verstorbenen Bruders Kinder $\frac{1}{3}$ desselben erhalten, — so müßte diese Disposition nach den Grundsätzen des neuesten Rechts als eine wahre Erbeinsetzung angesehen werden[32]). Darum darf man denn auch wohl sagen: wäre nach dem Willen der Theodosischen Verordnung vom J. 439 das testamentum posterius imperfectum als bloßer Intestat-Codizill zu be-

31) S. L. 3 pr. D. *de codicill.* „Si quis, quum testamentum nullum habebat, *codicillis fideicommissa hoc modo dedit: quisquis mihi heres erit bonorumve possessor*, ejus fideicommitto" u. s. w.

32) Selbst wenn der Erblasser seine Disposition einen Codicill genannt hätte, müßte sie doch als eigentliches Testament gelten, sobald sie dessen Erfordernisse hat. Denn: Testamentum non ideo infirmari debebit, quod diversis hoc deficiens (der Erblasser) nominibus appellavit, cum superflua non noceant; *praetermissa* namque necessaria, *non abundans* cautela — testatoris officit voluntati" — heißt es in einer Constitution der KK. Arcadius und Honorius, L. 2 Th. C. *de test. et cod.* (IV. 4), oder L. 17 Just. Cod. *de testam.* — Uebrigens würde es auch nicht als wahre Erbeinsetzung angesehen werden dürfen, wenn der Erblasser einzelne Sachen oder Summen bestimmten Intestaterben zuweis't. Davon ist aber hier nicht die Rede, sondern von vollständiger Vertheilung der Erbschaft nach Quoten.

trachten, so würde es nicht möglich seyn, den einzelnen Intestaterben dadurch bestimmte Erbquoten zuzuwenden; nimmt man aber diese Möglichkeit an, so muß man ein solches Testament auch als ein eigentliches gelten lassen[33]).

Aber auch auf einem anderen Wege läßt sich darthun, daß ein test. posterius imperfectum mehr gelten muß, als ein codicillus ab intestato. Sowohl nach Pandektenrecht, als nach der Verordnung des K. Theodosius ist erforderlich, daß die Intestaterben ausdrücklich eingesetzt werden[34]). Dadurch unterscheidet sich denn unser testamentum posterius imperfectum auf das Bestimmteste von einem Intestat-Codizill; denn zu diesem gehört nur eine Codizillarverfügung, die unabhängig von einem Testament besteht, in Folge dessen aber die Intestaterben die Codizillar-Dispositionen zu erfüllen haben, gleich als ob sie zu Erben eingesetzt wären (s.

33) Daß das test. posterius imperfectum mehr als ein bloßer Intestatcodizill sey, giebt auch Harmenopulus zu erkennen. Zwar sagte er: die Intestaterben succedirten hier in Folge des ihnen zustehenden natürlichen Rechts; allein er betrachtet dies doch nur als den Grund, weshalb das testamentum imperfectum die Kraft eines perfectum habe, und erklärt die Erben darum für verpflichtet die Vermächtnisse auszuzahlen, weil sie ja überhaupt das Testament anerkennten, oder aus demselben succedirten; *Const.* Harmenopuli Procheiron oder manuale legum L. 5. Tit. X. §. 27, in dem Supplem. thes. Meerm. p. 321.

34) L. 2 D. *h. t.* — „vel *in eo scriptus est*, qui ab intestato venire potest." — L. 21. §. 5 C. *de testam.* — „nisi in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur."

oben Note 21). Durch bloße Codizille aber kann ein Erbrecht nicht aufgehoben werden[35]); ungeachtet also das **testamentum posterius imperfectum** die Form mit den Codizillen gemein hat, so beruht doch die ihm beigelegte Kraft, das frühere Testament zu rumpiren, lediglich auf der ausdrücklichen Einsetzung der Intestaterben. Hiedurch ist ihm denn zugleich die Bedeutung eines wahren Testaments beigelegt, und die Regel: **codicillis hereditas adimi nequit** besteht ohne Ausnahme[36]). Daraus folgt denn aber zugleich, daß auch die einem Testamente hinzugefügte Codicillarclausel nicht bewirken könne, daß dasselbe als **testamentum posterius imperfectum** aufrecht erhalten werde. Diese Clausel hat bekanntlich die Wirkung, daß das Testament nunmehr als Codizill besteht, wenn die Solemnitäten einer Codizillarverfügung beobachtet sind. Ist nun ein früheres Testament überall nicht vorhanden, so gilt das mit der Codizillarclausel versehene als Intestatcodizill[37]), sonst aber als testamentarischer Codizill, d. h. der in dem früheren Testamente eingesetzte Erbe ist dadurch für aufgefordert zu halten, das zweite

35) §. 2. J. *de codicillis.* L. 2. C. *eod.* (VI. 36.)

36) Zwar konnte in der Entziehung des Erbrechts durch Codizill eine Indignitätserklärung liegen, in Folge deren ein Erbe durch den Fiscus ausgeschlossen wurde; L. 4. C. *de his, quibus ut indignis* (VI. 35.). Allein seit der Lex Jul. Papia et Poppaea greift das Recht des Aerariums allenthalben willkührlich in die Grundprinzipien des röm. Erbrechts ein; daraus darf man keine Rechtsregeln bilden. Die Regel, daß ein früheres Testament nur durch ein neues Testament und nicht durch Codizille rumpirt werden kann, besteht ganz ausnahmslos.

37) L. 88. §. 17. D. *de leg.* II. — Vgl. L. 3. pr. D. *de codicill.*

Testament als Fideicommiß zu erfüllen[38]). Der Codicillarclausel können keine andern, am wenigsten höhere Wirkungen beigelegt werden, wie einer Disposition, die sich geradezu als Codizill ankündigt. Freilich aber kann sie einem Testament auch nicht nachtheilig werden. Ist sie einem in aller Hinsicht zu Recht beständigen Testamente beigefügt, so behält dieses auch in Ansehung der vis rumpendi seine volle Bedeutung[39]); waren daher in einem zweiten vor 5 Zeugen errichteten Testamente die Intestaterben eingesetzt, so würde dadurch das frühere nicht minder rumpirt seyn, wenn die Codizillarclausel sich beigefügt findet, als ohne diese.

Daß die nächsten Intestaterben eingesetzt seyn müssen, versteht sich ganz von selbst: es sollen diejenigen eingesetzt werden, welche „ab intestato *ad ejus hereditatem vocantur*"[40]); darunter können natürlich nur Die gemeint seyn, welche ohne Testament die Erbschaft erhalten haben würden, nicht aber Alle die das Gesetz, wenn sie die Reihe treffen wird, zur Intestaterbfolge beruft[41]). Die Nähe ist hier, wie überhaupt bei der In-

38) Arg. L. 3. §. 2. D. *de codicillis*. — *Jo. Aug.* Hellfeld de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adjecto (opp. minora T. I. opusc. XVIII. p. 401 sqq.) Cap. III. §. 34.

39) Hellfeld l. l. Cap. II. §. 22. — S. auch L. 17 C. *de test.*

40) L. 21. §. 5. C. *de testam.* — Aehnlich äußert sich Ulpian in L. 2 D. h. t.

41) Altner diss. de test. post. imperfecto u. s. w. §. 29. — Auf gewisse Weise wird dieser Grundsatz durch die L. 12. §. 1. D. *de Bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) modifizirt, wovon unten (nr. IV. dieses §.) eine genauere Interpretation erfolgen soll.

testaterbfolge[42]) nach der Zeit der Delation des Erbrechts zu bestimmen. Mag daher der Testirer immerhin, als er das zweite Testament errichtete, nur an seine damals vorhandenen nächsten Intestaterben gedacht haben, so schadet es der Giltigkeit des testamentum posterius doch nicht, daß diese beim Tode des Testirers sämmtlich nicht mehr vorhanden sind, — vorausgesetzt nämlich, daß er in allgemeinen Ausdrücken seine nächsten Intestaterben einsetzte. Denn anders verhält es sich freilich, wenn er die Erben bestimmt, entweder individuell oder wenigstens nach Stämmen, bezeichnet hat. Der Erblasser sagt z. B.: ich setze meiner verstorbenen Schwester Kinder zu Erben ein. Sind diese die alleinigen nächsten Intestaterben, und sind sie es noch zur Zeit des Anfalls der Erbschaft, so kann natürlich jene Bezeichnung der Giltigkeit das test. posterius imperfectum keinen Eintrag thun. Wären sie aber inzwischen selbst ausgeschieden, so würden sich ja die nächsten Intestaterben nicht eingesetzt finden, folglich kann das Testament auch nicht als testamentum posterius imperfectum bestehen[43]). — Eine andere sich von selbst verstehende Bedingung des Rechtsbestandes eines solchen Testaments ist, daß sämmtliche nächste Intestaterben — nicht etwa nur der eine oder der andre — eingesetzt seien. Auch hierüber äussert sich das

42) L. 2. §. 6. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.)

43) Daß die Wirkung der Ruption hier gewissermaßen in suspenso bleibt, indem das frühere Testament nicht als rumpirt erscheint, wenn diejenigen nicht eingesetzt sind, welche beim Tode des Erblassers die Nächsten zu seiner Erbschaft sind, kann keine Bedenklichkeit erregen, da sich etwas ganz Aehnliches bei der Ruption eines Testaments durch postumi agnatio findet. L. 12. pr. D. *h. t.*

Gesetz so bestimmt, daß eine entgegenstehende Ansicht, welche sich darauf stützt, daß Ulpian nur im Singular spricht (— „vel in eo scriptus inveniatur, qui ab intestato venire potest"), wohl nur angeführt, nicht widerlegt zu werden braucht[44]).

Wenn ein Extraneus neben den Intestaterben eingesetzt ist, so schadet dies dem Rechtsbestande des test. posterius eben so wenig, wie wenn sonst einer der Miterben nichts erhalten kann; sein Antheil accrescirt hier den Uebrigen[45]). Vermächtnisse dritten Personen zuzuwenden steht nichts entgegen, da das Gesetz nur von der Erbeinsetzung spricht; darum kann denn auch selbst die Erbeinsetzung eines Extraneus durch die Codizillarclausel als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, d. h. die miteingesetzten Intestaterben restituiren ihm alsdann seinen Erbtheil nach Abzug der s. g. Trebellianischen Quart. — Ob directe Substitutionen dritter Personen überhaupt irgend einen rechtlichen Erfolg haben können? möchte man auf den ersten Anblick sehr geneigt seyn unbedingt zu verneinen. Denn sie sind nur in vollständigen Testamenten möglich und an fideicommissarische Vermittlung ihrer Giltigkeit scheint hier nicht gedacht werden zu dürfen, da von dem Recht des Substituten ja erst die Rede seyn kann, wenn der zuerst ernannte Erbe ganz

44) Altner diss. cit. §. 25. 26. S. *Marani* Paratitla l. l. p. 695.

45) Arg. L. 21. §. 3. C. *de test.* — „Si in hujusmodi voluntate (es ist hier die Rede vom testam. parentum inter liberos), liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere." — Altner l. l. §. 29.

wegfällt. Dennoch muß man der Codizillarclausel möglicherweise die Wirkung zugestehen, daß durch sie der Substitut einen fideicommissarischen Erbanspruch erhalten könne [46]). Es muß dabei nämlich an ein destituirtes Testament gedacht werden, dessen mittelbare Erhaltung durch die Codizillarclausel möglich ist [47]). Man nehme also an, der nächste Intestaterbe schlägt die Erbschaft aus, oder stirbt beim Leben des Erblassers, oder verliert sonst seine Erbfähigkeit. Zuvörderst leidet es keinen Zweifel, daß nichts destoweniger das frühere Testament rumpirt bleibt; denn in Hinsicht auf diese Wirkung gilt das testamentum posterius imperfectum als ein vollständiges Testament. Hier kommt also der Grundsatz zur Anwendung: **Nihil interest, an exstiterit aliquis ex posteriore testamento heres, an non exstiterit, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu exsistere potuerit** [48]). Indessen müssen dabei zwei Fälle unterschieden werden: a) der Erbe verzichtet ganz und gar auf die Erbschaft, oder wird unfähig. In diesem Falle scheint nun das Testament unter der hier angenommenen

46) Arg. L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1). „Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur," und besonders L. 6. pr. §. 1. u. 2. D. *si quis omissa causa test. ab int. possid. hered.* (XXIX. 4). S. unten Note 54 und den dazu gehörigen Text.

47) Arg. L. 6. pr. D. *si quis omissa causa test.*

48) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.*

Voraussetzung, daß die nächsten Intestaterben eingesetzt sind, überall nicht als testamentum destitutum betrachtet werden zu können. Denn, wer die nächsten Intestaterben seien? ist ja keineswegs schlechthin nach der Todeszeit des Erblassers zu bestimmen, sondern der nächste ist hier Derjenige, welcher zur Zeit der Delation der Erbschaft durch keinen Näheren ausgeschlossen wird, und dies Verhältniß kann sich noch nach des Erblassers Tode verändern[49]). Indessen ist dabei lediglich von dem Zeitpuncte die Rede, wann Jemand als intestatus zu betrachten sey[50]). Dies würde auch in unserem Falle genau so zu bestimmen seyn, wenn es hier überhaupt zur Intestaterbfolge käme. Wäre die Codicillarclausel dem Testamente nicht beigefügt, so würde die reine Intestaterbfolge eintreten[51]), und nun wäre es allerdings möglich, daß als die Nächsten zur Erbschaft Solche berufen würden, welche bei dem Tode des Erblassers durch viel Nähere ausgeschlossen waren. Allein hier ist ja von einem testamentarischen Erbrechte die Rede. Dies aber wird regelmäßig beim Tode des Erblassers deferirt[52]);

49) §. 6. Inst. *de legit. agnat. succ.* — — saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus."

50) L. 2. §. 6 D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16). „Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, *quum intestatum decessisse certum est.*" — Vgl. §. 7. in f. Inst. *de heredit. quae ab int. defer.*

51) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.* — — „si quis — noluerit heres esse, — — — paterfamilias intestatus moritur."

52) Vgl. L. 13. pr. u. §. 2. D. *de acquir vel omitt. hered.* (XXIX. 2.)

es kann auch, wenn keine Substitutionen angeordnet, und wirksam angeordnet sind, nur einmal deferirt werden, so daß mithin, falls der testamentarische Erbe ausschlägt oder unfähig wird, nothwendig die Intestaterbfolge eintritt. Bei unbedingter Einsetzung der Intestaterben ist also immer nur Der als Testamentserbe anzusehen, welcher beim Tode des Erblassers zur Intestaterbfolge gerufen seyn würde, falls kein Testament vorläge; aus dem Testamente können die nachfolgenden Intestaterben nie anders als in Folge einer Substitution die Verlassenschaft erwerben. In unserem Falle aber sind sie auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen. Denn die einem zweiten Testamente hinzugefügte Codizillarclausel bewirkt, daß das Testament als testamentarischer Codizill (codicillus post testamentum factus) aufrecht erhalten, folglich das erste Testament gar nicht rumpirt wird (s. oben Note 38). Nunmehr äussert aber die Substitution ihre Wirkungen, d. h. der Substitut fordert von dem im ersten Testamente eingesetzten Erben die Erbschaft als Fideicommiß. — Betrachten wir jetzt b) den zweiten Fall: der eingesetzte Erbe schlägt nur die testamentarische Verlassenschaft aus, will aber ab intestato succediren. — Bekanntlich muß er in einem solchen Falle dennoch die Vermächtnisse in der Regel erfüllen[53]). Allein als ein ihm in der Eigenschaft eines testamentarischen Erben auferlegtes Fideicommiß darf ja das eventuelle Recht des Substituten aus der Codizillarclausel nie angesehen werden, indem es erst wirksam wird, wenn Jener aufhört, testamentarischer Erbe zu seyn. Darum wird dem Substituten aber sein Recht keineswegs durch

53) L. 1. pr. D. *si quis omissa causa testam. ab intestato possid. heredit.* (XXIX. 4.).

Ausschlagung der testamentarischen Verlassenschaft vereitelt, es muß vielmehr die Codizillarclausel hier so interpretirt werden: sollte der nächste Intestaterbe die Erbschaft aus dem Testamente nicht erwerben, so ist dies Testament überall nicht als ein eigentliches, sondern nur als Nachtrag zu dem früher errichteten anzusehen; dies wird mithin nicht rumpirt, sondern der in demselben eingesetzte Erbe nur verpflichtet, den Inhalt des zweiten, soweit derselbe nunmehr noch bestehen kann (also mit Ausschluß der **institutio primi heredis**) zu erfüllen. So würde hier also dasselbe Resultat eintreten, wie in dem vorigen Falle. Indessen kommt dabei immer der Inhalt der zweiten Disposition, also der Wille des Testirers in Betracht. Daß die Codizillarclausel in der Regel die eben bestimmte Wirkung hat, mithin das frühere Testament nicht rumpirt wird, ist ja gleichfalls aus dem präsumtiven Willen des Erblassers abzuleiten. Es wird daher auch die erfolgte Ruption des ersten Testaments dadurch keineswegs unwirksam, daß der Testirer selbst dem Erben gestattet, die testamentarische Verlassenschaft auszuschlagen und dieselbe als Intestaterbe zu erwerben. Für einen solchen Fall kann den auch der Testirer das Recht dritter Personen im Voraus berücksichtigen, d. h. er kann den Intestaterben mit Auflagen belästigen, wie in jedem Intestatcodizill, folglich auch bestimmen, daß das zweite Testament eventuell als Intestatcodizill gelten solle. Alsdann haben sie dasselbe so zu erfüllen, wie wenn alle in demselben enthaltenen Dispositionen in einem Intestatcodizill auferlegt wären. Dahin gehört denn auch der Anspruch aus der Substitution, indem die Bedingung derselben, Destitution des Testamentes, jetzt eingetreten ist.— Die Möglichkeit, mit testamentarischer Erbeinsetzung ei-

nen Intestatcodizill eventuell zu verbinden, wird man schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zugeben müssen; sie wird aber auch ausdrücklich durch eine Stelle aus Ulpianus Lib. 50 ad edict. bestätigt, wo es heißt: „fratrem suum (testator) scripsit heredem, *et codicillos fecit ab intestato, petiitque a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam*".[54]) u. s. w.

Will nun also der Erblasser zwar seine Intestaterben zunächst einsetzen, damit aber eine direct wirksame Substitution verbinden, so muß er ein der äusseren Form nach ganz vollständiges Testament errichten. Nur für einen Fall könnte dies auch durch ein testamentum posterius imperfectum bewirkt werden, wenn nämlich der Testirer seine gegenwärtigen nächsten Erben einsetzt und ihnen diejenigen substituirt, welche bei seinem Tode die nächsten seyn werden. Alsdann ist nämlich auch

54) L. 6. pr. u. §. 1. D. *si quis omissa causa test.* Dieser Fall ist dem unsrigen im Wesentlichen ganz analog. Denn ob Jemand geradezu ein Fideicommiß anordnet, oder vermittelst der Codicillarclausel, kann keinen Unterschied machen. Darin besteht ja gerade die Wirkung der letzteren, daß die Disposition als Fideicommiß aufrecht erhalten wird, weshalb es denn auch von einem mit der Clausel versehenen Testamente heißt: dasselbe habe *verba fideicommissi* (L. 11. §. 1. *de leg.* III. L. 29. pr. D. *qui test. fac.* XXVIII. 1.) Auch dasjenige, was hier über die Ordnung gesagt ist, in welcher die Auflagen zu erfüllen seyen, läßt sich auf unsern Fall anwenden: die in dem Testamente angeordneten Vermächtnisse sind zuerst zu erfüllen, und sodann die in dem Intestatcodicill besonders gemachten Auflagen. Mithin hat auch der Substitut nur auf den Theil der Erbschaft einen Anspruch, welcher nach Auszahlung der Vermächtnisse übrig bleibt.

in Ansehung der Substituten die wesentliche Bedingung der Giltigkeit eines testamentum posterius imperfectum — Einsetzung der nächsten Intestaterben — vorhanden, sie beerben mithin den Erblasser direct aus dem Testament.

Das Gesetz bestimmt buchstäblich: daß in dem ersten Testamente solche Individuen eingesetzt seyn müßten, welche die Erbschaft nicht ab intestato erhalten haben würden[55]. Wenn daher ein Intestaterbe, allein oder mit Extraneis, im ersten Testamente eingesetzt ist, so kann dies Testament durch ein testamentum posterius imperfectum nicht rumpirt werden, gesetzt auch, Jener wäre ebenfalls in dem zweiten, neben den übrigen zur Intestaterbfolge Berechtigten, zum Erben ernannt worden. Schon aus diesem Grunde müßte die Frage verneint werden, welche gewöhnlich so gestellt wird: ob ein vollständiges Testament, worin ein Vater sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt und ihm Extraneos pupillariter substituirt hat, durch ein test. posterius imperfectum, in welchem die nächsten Intestaterben des Kindes substituirt sind, aufgehoben werde[56]? Denn die Pupillarsubstitution besteht nur als Theil des väterlichen Testaments[57];

55) — „in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant“ L. 21. §. 5. C. *de testam.*

56) A. M. ist mit Bartolus ad h. l. Altner diss. cit. §. 30, gegen Baldus u. a. ältere Interpreten. Bei den Neueren finde ich die Frage gar nicht berührt.

57) „Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii valitura sit“; §. 5. J. *de pupill. substit.*

es müßte also auch die in diesem enthaltene Erbeinsetzung durch das zweite Testament aufgehoben werden, sollte die neue Pupillar-Substitution möglicherweise bestehen können. Gesetzt aber auch, das Kind wäre in dem ersten Testamente (versteht sich in guter Absicht) enterbt, so scheint es doch angemessener zu seyn, das Recht des testamentum posterius imperfectum auf Pupillar-Substitutionen überall nicht zu beziehen. Denn das Gesetz ist als singuläre Verordnung strict zu interpretiren; es spricht aber wörtlich nur von des Erblassers (testatoris) nächsten Intestaterben[58]).

Wir haben jetzt noch die Vorschrift des Gesetzes zu betrachten, welche sich auf die Form des testamentum posterius imperfectum bezieht: „In qua voluntate (heißt es) quinque *testium juratorum depositiones* sufficient (im Justin. Codex *sufficiunt*): quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei"[59]). — Zuvörderst fragt es sich: was wird unter den testium juratorum depositiones verstanden? Gehört dies zur Form des Testaments, oder bezieht es sich nur auf den Beweis, daß die Disposition vor fünf Zeugen zu Stande gekommen sey? — Ist Ersteres zu bejahen, so darf man nicht sagen, daß das testamentum posterius imperfectum die Form eines Codizills habe. Denn daß eine Beeidigung der Codizillar-Zeugen bei Errichtung der Disposition nicht erfordert werde, und nie erfordert wurde, ist ausser allem Zweifel.

Schon die Glossatoren waren hierüber uneins; doch billigt Accursius die Ansicht, daß jene Vorschrift nicht

58) BRUNNEMANN ad h. l. nr. 5.

59) L. 21. §. 5 in f. C. *de testam.* (Nov. Theod. cit. §. 7 in f.)

auf die Entstehungsform, sondern auf den Beweis zu beziehen sey[60]). Später hielt man dies für so ausgemacht, daß die entgegenstehende Meinung gar nicht weiter zur Sprache kam, und man nur darüber stritt: ob die eidliche Erhärtung des Geschehenen auch bei einem schriftlichen, oder ob sie nur bei einem mündlichen testamentum posterius imperfectum nöthig sey[61]). In neuerer Zeit ist aber wieder die Meinung vertheidigt, daß eine Vereidigung der Zeugen zur Form der Disposition gehöre[62]). Dieser Ansicht stellen sich aber sehr erhebliche Gründe entgegen. Der Ausdruck testium depositiones kann seiner wörtlichen Bedeutung nach nicht füglich etwas anders heissen, als das, was wir nennen: Zeugen-Aussagen, — eine Angabe der Zeugen über Das, was sie wissen. So wird dieser Ausdruck denn auch im römischen Rechte gebraucht[63]). Auf die Form eines Rechtsgeschäfts bezogen könnte man sich darunter nur eine Erklärung der Zeugen denken, dem Act als Zeugen beiwohnen zu wollen. Man wird aber keine einzige Stelle beibringen können, wonach der Ausdruck diese mit

60) Glossa Accursii *depositiones* ad h. l.

61) S. Brunnemann l. l. nr. 7 sqq. und Altner diss. cit. §. 32. — Die Lehrbücher lassen sich auf die ganze Vorschrift sehr selten ein, und diejenigen, welche es thun, erfordern doch nur, daß die Zeugen ihre Angaben, oder das Daseyn des letzten Willens eidlich bestärken. So Thibaut Pandektenrecht §. 849 a. E. der 8. Ausg. und Haimberger reines römisches Privatrecht Bd. 3. §. 357.

62) Marezoll Bemerkungen über einzelne Fragen aus dem römischen Civilrechte Nr. 4; im Magaz. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolmann und v. Löhr Bd. IV. Nr. XI. S. 273 fg.

63) Z. B. in L. 3 C. *si minor se major. dixer.* (II. 43).

dem eigentlichen Wortverstande so wenig übereinstimmende Bedeutung gehabt hätte. Was sollten denn die Zeugen auch hier beschwören, und Wem sollten sie es beschwören? dem Testirer? oder dem Notarius, den dieser etwa bei dem Act zuzog? Daß je eine so sonderbare Formalität im römischen Rechte gegolten habe, davon findet sich in unsern Quellen nicht die geringste Spur. Allerdings bezeugen die Instrumentszeugen durch ihre Unterschriften das Geschehene. Aber etwas ganz Unerhörtes wäre es, wenn ihnen dabei ein Eid abgefordert werden sollte, und mit Recht heißt es daher in der Glosse: „intellige (nämlich in Beziehung auf die jurata depositio), ut jurent in causa coram judice. *Nunquam enim reperitur, quod tabelliones possint recipere talia sacramenta*" [64]). — Wie kam denn nun aber der Kaiser

64) S. die angeführte Glosse. — Uebrigens herrscht hier, wie so oft in der Accursischen Glosse große Verwirrung, indem ganz widerstreitende Meinungen so neben einander stehen, als wenn sie eine einzige bildeten. Zuerst finden wir eine Erklärung, wonach die juratorum testium depositiones auf die Errichtungsform zu beziehen sind; („hic nota, quod sufficit si testes jurati dicant tabellioni: *ita testatus est*, ut sit instrumentum et testamentum"). Diese Erklärung wird aber durch ein: „Sed contra est" verworfen, und nun folgt die oben im Texte enthaltene Glosse, wodurch eine Solemnität dieser Art als etwas Unerhörtes, mithin von dem Urheber der ersten Glosse offenbar Erdachtes bezeichnet wird. Dabei aber findet sich aber der Zusatz: „appellantur *ergo* depositiones: scripturae, quae fiunt de his, quae sacramento adseruntur, ut hic, et sic ponitur supra *de episcopali audientia* L. *Jubemus*" (19). In dieser Stelle heißt es: nur diejenigen sollten als defensores ecclesiae eingeweiht werden, „qui sacro

überhaupt zu einer solchen Bestimmung? — Dies erklärt sich, wie mir deucht, sehr wohl aus einer stylistischen Eigenthümlichkeit der Constitutionen späterer Zeit, wonach die Kaiser ihren Anordnungen gerne gewisse Nebengedanken beimischten, besonders in Beziehung auf die Art des von dem Gesetze zu machenden Gebrauches; am wenigsten versagte man sich dies alsdann, wenn man glaubte, daß der Ausdruck dadurch eine gewisse Fülle erhalte und recht ins Gewicht falle[65]). Erwägt man daher, daß die So-

sanctis orthodoxae religionis imbuti mysteriis, haec inprimis *sub gestorum testificatione*, praesente religiosissimo fidei orthodoxae antistite, *per depositiones cum sacramenti religione celebrandas* patefecerint.“ Also der zu Ordinirende soll seine Rechtgläubigkeit zu Protocoll (das ist die gestorum testificatio) eidlich versichern. Obgleich nun diese Stelle hier in keiner Hinsicht paßt, so sieht man doch, daß die am Schlusse excerpirte Aeusserung (*appellantur* u. s. w.) nicht zu dem „Sed contra est“, sondern zu der ersten Meinung gehört, wie denn in den Marginalien der besseren Ausgaben bemerkt zu seyn pflegt: es fange mit dem Worte *appellantur* eine neue Glosse an. Accursius sucht beide Meinungen zu einem Ganzen durch die Bemerkung zu verbinden: „quod hic et *infra* dicitur, intellige *ut jurent in causa coram judice*“; offenbar ganz gedankenlos.

65) Nach Beispielen hiezu wird man nicht weit suchen dürfen. Hier mag nur die L. 25 C. *de adm. tut.* (V. 37) von Justinian genannt seyn, worin sich gleich in dem ersten Satz eine doppelte Einmischung dieser Art findet: „Sancimus, *creatione tutorum et curatorum cum omni procedente cautela*, licere debitoribus pupillarum vel adultorum, ad eos solutionem facere, ita tamen, ut prius sententia judicialis *sine omni damno celebrata* hoc permiserit.“

lemnitätszeugen jedenfalls im Stande und bereit seyn müssen, wenn es von ihnen verlangt wird, ein eidliches Zeugniß über den Rechtsact abzulegen, so wird allein dadurch schon die allerdings seltsame Vermischung dessen, was zur Form des Geschäfts und was zum künftigen Beweise desselben gehört, vollkommen begreiflich. Mehr noch würde dies freilich der Fall seyn, wenn wir annehmen dürften, daß unter den christlichen Kaisern bei der Eröffnung der Testamente die noch vorhandenen Zeugen eidlich ihre Sigille recognosciren mußten [66]), und nach dieser Analogie hätte sich denn eine eidliche Vernehmung mündlicher Testamentszeugen wohl von selbst vorstanden. Indessen auch ohne eine solche Nothwendigkeit können wir es nicht auffallend finden, daß dem Kaiser bei seiner Anordnung schon die künftige eidliche Deposition vorschwebte, und er den Gedanken: es müssen fünf tüchtige Zeugen zugezogen werden, so ausdrückte: es sollen hierbei aber die eidlichen Angaben von fünf Zeugen genügen.

Für den hauptsächlichen Inhalt der Constitution ist

66) Eine Novelle Leo's des Weisen (Nov. Leonis 44) scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß die Zeugen ihre Siegel hätten eidlich recognosciren müssen, wenn nicht das Testament auch mit dem Siegel des magister census versehen sey. Vgl. *C. F.* Glück de testamenti privati solemnis probatione §. 4 Note 16 (opusculor. Fasc. I. p. 46.) u. §. 7. (ebendas. p. 76 sqq.) Jedoch findet sich in den uns erhaltenen Eröffnungs-Protokollen von Testamenten aus der christlichen Kaiserzeit davon keine Spur. S. v. Savigny Erklärung einer Urkunde des sechsten Jahrhunderts in der königl. preuß. Academie der Wissensch. am 2. Nov. 1815 vorgelesen, und Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. V. S. 161 fgg.

nun die Vorschrift wegen eidlicher Erhärtung der Zeugnisse etwas sehr unwesentliches. Daher kann man auch den Streit über die Frage: ob es bei schriftlichen Testamenten derselben überall bedürfe? (s. Note 61) auf sich beruhen lassen, und nur der Vollständigkeit halber mag hier bemerkt seyn, daß sich überall kein Grund angeben läßt, weshalb eine allgemeine Vorschrift nicht auch allgemein verstanden und angewandt werden soll. Daß der Ausdruck: „*scripti* heredes auch auf mündliche Erbeinsetzungen, gewissermassen als technischer Ausdruck, bezogen wird, kann man gerne zugeben[67]); allein daraus folgt gewiß noch nicht, daß er immer nur auf die im mündlichen Testamente ernannten Erben gehe!

Auf die Form des test. posterius imperfectum bezieht sich auch die Frage: ob die Zeugen die Eigenschaft von Codizillarzeugen haben müssen, und überhaupt: ob alles Uebrige bei dem Testamente zu beobachten sey, wie bei einem Codizill[69])? Auch hierüber äussert sich der neueste Schriftsteller über die Constitution, aber nur mit den wenigen Worten: es bleibe sehr zweifelhaft, ob die übrigen Codizillarformen nöthig seien, da es ausdrücklich heisse: „quinque testium juratorum depositiones *sufficiunt*"[70]). — Es kommt freilich hier Alles darauf an, wie weit man die Codizillarform ausdehnt.

67) S. Altner diss. cit. §. 36.

68) M. vgl. dabei Altner diss. cit. §. 31, wo diese Frage freilich sehr oberflächlich abgefertigt wird.

69) Uebrigens bedarf es wohl keiner Bemerkung, daß auch hier bei mündlichen Testamenten das eidliche Zeugniß mit auf den Inhalt, bei schriftlichen nur auf den Testamentsact zu richten sey.

70) Marezoll a. a. O. S. 175.

a) Nach der jetzt wohl ziemlich allgemein angenommenen Meinung müssen die Zeugen Testamentszeugen-Eigenschaft haben. Daß hievon auch der K. Theodosius in seiner Verordnung über das **testamentum posterius imperfectum** nicht habe abweichen wollen, ergiebt sich klar genug aus dem Gesammtinhalt der Constitution. Hier ist zuerst nur von eigentlichen Testamenten und Testaments-Zeugen die Rede. Wenn es daher später ganz allgemein heißt: beim **test. posterius** genügen fünf Zeugen, so darf wohl kaum bemerkt werden, daß dadurch von der Qualität der Zeugen nichts nachgelassen sey. — b) Mündliche Codizille müssen in einer den Zeugen verständlichen Sprache erklärt seyn. Dies ist ein sich so ganz von selbst verstehendes Erforderniß, daß unmöglich der Kaiser gemeint haben kann, es sollen die Zeugen eidlich über etwas aussagen, was sie gar nicht verstanden haben! — c) Bei schriftlichen Testamenten verlangt man nach der jetzt herrschenden Meinung keine Besieglung des Codizills durch die Zeugen, sondern nur eine Unterschrift derselben. Dies aber ist ein allgemeines Erforderniß aller schriftlichen Urkunden, wobei Zeugen zugezogen werden[71]), folglich darf es auch nicht fehlen, wenngleich das Gesetz sagt, es seien so oder so viele Zeugen zu einem Geschäfte erforderlich oder genügend. — Der ganze Streit also: ob ausser der Anzahl von Zeugen auch die

71) Bei den in früheren Rechtsquellen sich findenden Nachrichten über die Einrichtung solcher Urkunden, wird dies als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, bei schriftlichen Testaments-Urkunden aber bestimmt erfordert (L. 22. §. 4. L. 30 D. *qui test. fac. poss.*), und Justinian schärft die Beobachtung der Zeugen-Unterschriften bei allen Urkunden sehr nachdrücklich ein. S. insonderheit Nov. 73. c. 3 u. 5.

sonstige Codizillarform nöthig sey, ist im höchsten Grade überflüssig.

III. Es muß das Testament aber auch in Absicht auf die Willenserklärung perfect seyn[72]). — Manches von dem, was hierüber gesagt werden wird, gehört dem practischen Resultate nach unter die zweite Regel, daß nämlich an den äusseren Solemnitäten nichts fehlen darf. Nach dem zur Zeit der juristischen Klassiker geltenden Recht ist es aber an dieser Stelle zu erörtern, indem eine Disposition auch ohne alle Solemnität dennoch als Fideicommiß bestehen konnte, wenn nur der Wille des Testirers, daß sie auf diese Art gelten solle, nicht zu bezweifeln war[73]). Dies hat sich nun

72) *Ferd. Christ.* Harprecht Diss. de testamento ratione voluntatis imperfecto (Tub. 1693); in dessen Dissert. academ. Vol. I. Nr. XLIV. p. 1572 sqq.

73) Man könnte vielleicht glauben, schriftliche Codizille seien jedenfalls an die bekannte Vorschrift des Senatusconsultum unter Nero gebunden gewesen, welche Paulus (Rec. sent. Lib. V. Tit. 25. §. 6.) auf folgende Art referirt: die Urkunden sollten in der Zeugen Gegenwart auf die Art besiegelt werden, „ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum supra linum (*al.* impositae supr. lin., was zwar fast allgemein gebilligt, aber eine unnöthige Emendation ist, sobald man nur construirt: supra imp. lin.) cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. *Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.*" Zwar spricht Paulus buchstäblich nur von tabulae, „quae publici vel privati contractus scripturam continent." Allein daß die Vorschrift auch auf Testamente bezogen werden könne, ist bereits an einem anderen Orte dieses Commentars (Bd. 34. §. 1415 b. S. 435 fg. Note 68) nachgewiesen. Sehr glaubhaft ist

freilich durch Einführung einer bestimmten Codizillar-Form wesentlich geändert. Da hier aber vorzüglich Stellen aus der früheren Zeit in Betracht kommen, und die meisten

es nun freilich, daß das Senatusconsult nur für eigentliche tabulae ceratae (hölzerne, mit Wachs überzogene Tafeln, s. *Cl.* Salmasius de subscribendis et signandis testamentis p. 107 sqq.) gegolten habe. Allein es konnten ja auch in solchen tabulae Codizillarverordnungen gemacht werden; hatten denn diese alsdann gar keine Wirkung? Dies ist bei der bestimmten Art, wie sich die früheren Quellen über die gänzliche Formlosigkeit fideicommissarischer Verfügungen äussern, unmöglich anzunehmen; jedes verständliche Rede- oder Schrift-Zeichen, selbst ein Wink genügte zu einer solchen Verfügung (L. 21 pr. D. *de leg.* III. L. 22 C. *de fideic.* VI. 42, wo das *adhibitis testibus* wohl durch Interpolation entstanden ist). — Von der Nothwendigkeit, sich zu Codizillardispositionen der tabulae zu bedienen und dieselben vorschriftsmäßig zu verschließen, ist nun sicher zu keiner Zeit die Rede gewesen. Denn gewöhnlich wurden die Codizille durch bloße an den testamentarischen oder Intestat-Erben gerichtete Schreiben angeordnet; ja eine solche Anordnung war selbst in dem Falle giltig, wenn der Testirer in seinem Testamente sich vorbehalten hatte, Nachträge in versiegelten Codizillen zu errichten, aber nur unversiegelte gefunden wurden (L. 89 pr. D. *de leg.* II. Vgl. über diese Stelle oben §. 1428. S. 206 fgg. dieses Bdes.). Aber ich glaube, daß auch selbst in dem Falle, wenn Codizille in tabulae ceratae angeordnet waren, der Mangel einer gehörigen Besieglung noch nicht schlechthin Ungiltigkeit der Verfügung zur Folge hatte. Die Urkunde allein und für sich betrachtet konnte freilich nichts beweisen, wohl aber mußte ihr Inhalt berücksichtigt werden, wenn sich erweisen ließ, daß der Erblasser diesen jedenfalls gewollt habe; denn mehr als dies war ja zu Codizillarverfügungen nicht nöthig.

der davon zu machenden Anwendungen auch nach dem practischen Gesichtspuncte geradezu unter die dritte Regel gehören, so ist diese hier in dem Umfange zu erörtern, welchen sie zur Zeit des classischen Pandektenrechts haben konnte. Also

A) der Testirer ist bei bloßen Vorbereitungen zu einem Testamente stehen geblieben. — Der Fall, welchen man dabei gewöhnlich vor Augen hat, ist der: es findet sich ein schriftlicher Aufsatz, welcher den Inhalt der Disposition vollständig enthält, dem aber noch die durch das Gesetz vorgeschriebene Solemnisirung fehlt. Daß ein solcher Aufsatz nicht als Testament gelten kann, versteht sich von selbst, und es kommt auch nichts darauf an, ob es ein bloßer vorläufiger Entwurf, oder eine bereits zur förmlichen Vollziehung vorbereitete Urkunde, — ob der Aufsatz von dem Testirer selbst geschrieben, oder nach seinem Willen von einem Anderen concipirt ist. Ja wenn auch schon mit der Vollziehung der Anfang gemacht ist, aber noch irgend etwas von dem fehlt, was zur gesetzlichen Solemnität gehört, ist der ganze Act null und nichtig, z. B. die Vorlesung, wo diese erforderlich ist[74]), oder die Unterschrift eines Zeugen oder des Testirers selbst, gleichviel, ob dies durch ein Versehen unterblieben ist, oder ob die vollständige Vollziehung durch einen Zufall, z. B. durch den plötzlichen Tod des Testirers, verhindert wurde. — Und ein Gleiches muß auch in dem Falle gelten, wenn zwar an den rechtlichen Erfordernissen nichts fehlt, allein der Testirer noch eine Solemnität beabsichtigte, diese aber unterblieben ist.

74) L. 8 C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22). Not. Ordnung Max. I. Tit. von Testamenten (II) §. 3 u. 9. — Vgl. Harprecht diss. cit. §. 13.

Auf beide Puncte kann folgende, aus dem vierzehnten Buche der Responsa von Paulus genommene Stelle bezogen werden: „Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse" (respondit)[75]. Und auf ähnliche Art äussert sich Ulpian, gestützt auf eine kaiserliche Autorität. „Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat; et ita D. Pium decrevisse Maecianus scribit"[76].

Salmasius versteht unter der scriptura ad testamentum faciendum parata eine Urkunde, welche nur die Namensunterschrift des Testirers und allenfalls die Nebenbestimmungen, z. B. die Codicillarclausel enthält, worin aber die Namen der Erben erst eingetragen werden sollen, nachdem der Testirer den Zeugen die Urkunde vorgewiesen und dieselbe für sein Testament erklärt hat[77]. Und allerdings wäre es möglich, daß die Juristen einen solchen Fall vor Augen gehabt haben, wenn anders die Relation von Sueton richtig ist: „Cautum, ut in testamentis primae duae cerae vacuae signaturis ostenderentur"[78]; d. h. wenn der Testirer die Namen der Erben vor den Zeugen (d. h. hier die signaturi)

75) L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1).

76) L. 11. §. 2 D. *de legat.* III.

77) *Cl.* Salmasius de subscribendis et signandis testamentis Cap. XXIX. p. 291.

78) Suetonius in vita Neronis cap. XVII. — Er trägt dies gleich hinter der oben (Note 73) bereits erwähnten

verborgen halten wollte, so sollte er doch jedenfalls die mit seiner eigenhändigen Namensunterschrift versehenen beiden ersten Tafeln (primae duae cerae) denselben vorzeigen, und erklären, daß dies sein Testament sey, worauf er alsdann die Namen der Erben eintragen konnte[79]); geschah dies aber nicht, so galt natürlich nichts von dem, was das Testament sonst etwa noch enthalten mochte. Also: Ulpian wie Paulus können freilich an diesen Fall gedacht haben; indessen ist es weder nöthig noch auch nur zulässig, die Anwendung der Stellen hierauf zu beschränken. Wir müssen vielmehr die darin enthaltene Aeusserung ganz allgemein so verstehen: so oft irgend etwas an dem Testamente fehlt, was nach gesetzlicher Bestimmung so wie nach dem Willen des Gesetzgebers noch hinzukommen sollte, kann von dem Inhalte der testamentarischen Urkunde nichts gelten[80]). Der Mangel gesetzlicher Solemni-

Bestimmung über die Einrichtung der Urkunden vor. Doch sagt er nicht, daß Beides in demselben Sct. angeordnet sey, wofür auch nichts beweist, daß beide Nachrichten zusammengestellt sind; denn sonst müßte auch das Folgende: „ne quis alieni testamenti scriptor legatum sibi adscriberet," ferner „ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem pro subselliis nullam omnino darent" — u. s. w. durch dasselbe Gesetz bestimmt seyn. — Vgl. noch Ernesti ad Sueton. l. l. not. d.; (eine gegen die Juristen gerichtete Bemerkung, welche glauben, daß Sueton hier die Entstehungszeit des Senatusconsultum Libonianum falsch angegeben habe).

79) Salmasius l. l. p. 290.

80) A. Faber (in den error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 8) will die Stellen überhaupt nicht von einem testamentum imperfectum ratione voluntatis, sondern

täten allein kommt hier nicht in Betracht, sondern auch, und zwar sehr vorzugsweise, der Mangel dessen, was nach dem bestimmten Willen des Testirers noch hinzukommen sollte. Dadurch erhält erst das: nec ea, quae fideicommissorum verba habent, valent, seine rechte Bedeutung; wir dürfen, was hier damit gemeint ist[81]), so ausdrücken: auch dasjenige, was nach gesetzlichen Gründen gelten könnte, gilt nicht, so lange noch kein äusserlich vollständiges Testament vorliegt. Gesetzt also, das Testament könnte als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, so würde dennoch die Codizillarclausel in dem hier vorausgesetzten Falle unwirksam seyn. Denn diese bildet ja doch auch nur einen Theil des Testamentsentwurfs; so lange es nur ein solcher ist, kann daher nichts von

nur von einem solchen verstanden wissen, dem die gesetzlichen Solemnitäten fehlen. Dann hätte aber nicht gesagt werden können: „nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse." Denn zu deren Giltigkeit bedurfte es ja überall keiner gesetzlichen Solemnitäten. Ueberhaupt dürfen wir die von beiden Juristen fast mit den nämlichen Worten vorgetragene Regel so allgemein wie möglich verstehen: wenn irgend etwas an dem Testamente fehlt, was, gleichviel aus welchem Grunde, für wesentlich gehalten werden muß, so gilt nichts.

81) An und für sich umfaßt nämlich der Grundsatz auch diejenigen Fälle, wo ein äusserlich vollständiges Testament vorhanden, nur aber die Willenserklärung noch nicht vollständig erfolgt ist (s. die Ausführung unter B), oder sonst dem Testamente ein wesentliches Erforderniß mangelt (s. die Ausführung unter IV.). Wir haben es aber hier nur mit der Anwendung auf solche Testamente zu thun, welche bei vollständiger Willenserklärung und Beobachtung dessen, was das Gesetz vorschreibt, dennoch der äusseren Vollständigkeit ermangeln.

dem Inhalte desselben gelten. Die sämmtlichen davon zu machenden Anwendungen lassen sich auf zwei Klassen zurückführen:

1) Es liegt nur noch ein bloßer Testamentsentwurf vor. Dann gilt die Disposition in keinem Stücke, selbst alsdann nicht, wenn etwa Codizillarverfügungen ohne alle Form gelten können und dem Entwurf die Codizillarclausel beigefügt ist.

2) Es ist ein Testamentsact vorgenommen, das Testament kann aber als ein solennes nicht bestehen, sondern nur als Codizill. Dann kommt zunächst Alles darauf an, was der Testirer beabsichtigte. Wollte er ein feierliches Testament machen, so gelten nunmehr auch die Codizillarverfügungen nicht [82]), falls er nicht die Codizillarclausel hinzufügte [83]).

3) Es ist Alles erfüllt, was das Gesetz vorschreibt, der Testirer beabsichtigt aber noch die Beobachtung irgend einer Formalität. Ehe diese erfolgt ist, kann das Testament für ein vollständiges nicht gehalten werden, indem es ja nach dem Willen des Testirers dies nicht seyn

82) L. 1 D. *de jure codicillorum* (s. oben Note 30). — POTHIER Pand. Justin. Tit. *qui test. fac. poss.* Nr. 45. Not. c. (T. II. p. 179). — „Etsi enim fideicommissa extra testamentum citra juris solennitates relinqui possunt, tamen, quum testamento continentur, pendent a jure testamenti."

83) Denn von selbst versteht diese Clausel sich nicht. L. 41. §. 3 D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6) — „si non valuit (patris testamentum), ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est." — L. 8. §. 1 C. *de codicill.* (VI. 36). — Vgl. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 686. Note 2.

soll[84]). Bis dahin kann also das bereits Geschehene eben so wenig gelten, wie ein bloßer Testamentsentwurf, in der Regel also selbst die hinzugefügte Codizillarclausel nicht berücksichtigt werden[85]); denn das noch Fehlende bezieht sich auf das ganze Testament, wovon die Codizillarclausel doch auch nur einen Theil ausmacht. — Hieher gehören nun insbesondere folgende Fälle:

a) Es ist Alles vollendet, was gemeinrechtlich zu einem mündlichen oder schriftlichen Testament erfordert wird, der Testirer will aber den mündlich erklärten Willen noch in eine Scriptur bringen, oder über die Testamentshandlung ein Notariats-Instrument aufnehmen lassen, oder das Testament bei einer Behörde niederlegen u. s. w.; was indessen unterbleibt. Ein solches Testament kann überall nicht gelten, da der Testirer ja eben selbst zu erkennen gegeben hat, daß die Giltigkeit der Disposition erst mit der von ihm gewollten Vollziehungsart eintrete[86]).

84) Man verwechsle hiermit nicht den Grundsatz, daß der Testirer sich nicht selber die Verfügungsfreiheit durch die Bestimmung einschränken dürfe: ein folgendes Testament solle nur unter dieser oder jener Form gelten. (S. darüber §. 1428. S. 201 fgg. Nr. 2 dieses Bandes). Es kommt dabei Alles auf seinen letzten Willen an. Kehrt er sich absichtlich an seine frühere Vorschrift nicht, so kann diese ihm auch die Hände nicht binden. Hier aber ist nicht die Rede von einer künftigen, erst möglichen Disposition, sondern von einer gegenwärtigen, in Beziehung auf welche der Testirer natürlich wirksam erklären kann, wann dieselbe erst perfect seyn solle.

85) Eine Einschränkung dieser Regel wird weiter unten vorgetragen werden.

86) Harprecht diss. cit. §. 11 giebt diesen Grund kurz und

b) Der Testirer will eine in privilegirter Form giltige Disposition in gemeinrechtlicher Form errichten. — So kann ein von den Eltern abgefaßter Privataufsatz alle Erfordernisse eines testamentum parentum inter liberos haben. Ergiebt sich aber (z. B. aus einer Erklärung in dem Aufsatze selbst), daß der Testirer denselben zu solemnisiren beabsichtigt habe, so hängt dessen Giltigkeit auch von der förmlichen Vollziehung ab. — Ferner gilt ein testamentum ad pias causas schon durch die Erklärung vor zwei Zeugen[87]). Es würde aber nicht für giltig zu halten seyn, wenn der Testirer ein feierliches Testament zu errichten beabsichtigt hatte, und sich unter den Zeugen nur zwei fähige Testamentszeugen befänden. Noch häufiger aber wird unser Grundsatz zur Anwendung kommen, wenn ein testamentum ad pias causas ohne alle Form errichtet werden kann, wie dies nicht selten in Particularrechten angeordnet ist[88]), der Testirer aber eine Pri-

bündig so an: „quod ipse non prius, quam illud fieret, suam dispositionem pro perfecta et completa habere velit.“ Er bezeugt hierbei zugleich, daß dies die gemeine und auch durch die Praxis bestätigte Ansicht sey; auch finden sich hier die verschiedenen abweichenden Meinungen angeführt. S. insonderheit auch noch §. 74 daselbst, wo noch andere Fälle namhaft gemacht werden, welche die Absicht des Testirers anzeigen, die endliche Vollziehung einer an sich schon rechtsgiltigen Disposition noch verschieben zu wollen.

87) Cap. 11 X *de testam.* (III. 25).

88) So z. B. in dem Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 6. §. 2; ferner in dem Cod. Maximil. Bavar. civil. Th. III. Cap. 4. §. 5. (Freilich glaubte Kreittmayr hierin nicht von der gemeinrechtlichen Bestimmung abzuweichen, indem er der Meinung war, daß die Zeugen gemeinrecht-

váturkunde, welche an sich schon hinreichend gewesen seyn würde, förmlich vollziehen wollte und daran gehindert ist.

Indessen eine bestimmte Erklärung des Testirers, daß die Disposition in jedem Falle so gut wie möglich gelten solle, bewirkt, daß nunmehr Alles zu Recht besteht, was nach den gesetzlichen Erfordernissen bestehen kann, und so wirksam, als es hiernach seyn kann. In solchen Fällen muß denn die Codizillarclausel natürlich die Wirkung haben, daß eine Verfügung nicht blos als Codizill, sondern als directe Disposition aufrecht erhalten wird, wenn sie nach gesetzlichen Erfordernissen als solche gelten kann, indem der Testirer dadurch erklärt hat, daß, wenn er gleich eine förmliche Vollziehung wünsche, der Mangel derselben doch kein Hinderniß seyn solle, daß nicht auch ohne sie die Verfügung vollkommen zu Recht bestehe. Hierauf scheint denn auch die gleich auf die angeführte Stelle von Paullus (L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.*) folgende Aeusserung dieses Juristen[89]) bezogen werden zu müssen: „Ex his verbis, quae scriptura (*al.* scripturae) paterfamilias addidit: *hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit*[90]), videri eum voluisse, omnimodo valere

lich nur des Beweises, nicht der Solemnität halber zuzuziehen seien; Anmerkugen über den Cod. Max. Bavar. civ. Th. III. S. 1113. §. V. 2). Auch das churfürstl. Sächs. Recht verlangt, wenigstens zur Giltigkeit der zum Besten einer pia causa gestifteten Vermächtnisse, nichts weiter als eine erweisliche Willenserklärung. Haubold Lehrb. des Sächs. Privatr. §. 344. Nr. b.

89) L. 29. §. 1 D. *qui test. fac. poss.* — Vgl. SCHOTT comment. cit. p. 76 sqq.

90) Es sind hier diese Worte nach der versio vulgata ab-

ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset." Er sagt nicht etwa: daß nunmehr immer Intestaterbfolge eintrete und die testamentarische Verfügung die Wirkung eines Intestatcodizills habe, sondern, daß wenn es auch in Absicht auf die Erbeinsetzung zur Intestatsuccession komme, doch diejenigen Puncte, welche irgend gelten könnten, aufrecht erhalten werden sollten. Die Art und Weise, wie beide Sätze (das Pr. u. der §. 1 unserer Stelle) mit einander verbunden sind, beweist nun aber auch, daß die Clausel keineswegs unbedingt ihre Wirksamkeit äussert. Denn in dem Pr. heißt es ja ausdrücklich: bei einem unvollendet gebliebenen Testamente könnten selbst nicht einmal diejenigen Bestimmungen gelten, „quae fideicommissorum verba habent." Es muß also die Giltigkeitsclausel (gleichviel ob in dem Testamente oder in einem davon verschiedenen Rechtsact) so ausgesprochen seyn, daß sich daraus der Wille des Testirers ergiebt, die Disposition in jeder Weise gelten lassen zu wollen. Z. B. der Testirer sagt am Schlusse seines Aufsatzes: „Und soll dieser mein ernstlich gemeinter letzter Wille feierlich vor Notarius und 7 Zeugen vollzogen und hiernächst E. E. Rath Behufs der Aufbewahrung in dem Stadtarchiv überreicht werden. Doch will ich, daß derselbe in jeglicher Weise bestehen und aufrecht erhalten werde, so gut dies nach den Rechten geschehen kann." Die Worte: Doch will ich u. s. w. leiden schwerlich eine andere Erklärung, als, daß das Testament auch ohne die angegebenen Förmlichkeiten gelten solle. Ueberhaupt aber ist eine solche Erklärung nach Möglichkeit zu

gedruckt. Im Original lauten sie griechisch, ein Beweis, daß sie sich in dem Testamente fanden, worüber Paulus ein Rechtsgutachten abzugeben hatte.

begünstigen [91]); und darum dürfen dabei nicht blos die Worte erwogen, sondern es muß der Gesammtinhalt und insonderheit auch die äussere Beschaffenheit der Disposition berücksichtigt werden. Ist diese ganz offenbar bloßer Entwurf, so würde jedenfalls eine sehr bestimmte, und, wie sich von selbst versteht, ihrer Form nach vollkommen giltige Erklärung erfordert werden müssen, damit sie dennoch, wenn auch nur zum Theil, als Testament aufrecht erhalten werden könne. Würde sie aber so wie sie vorliegt als förmliches Testament gelten können, und es ist die Absicht einer feierlichen Vollziehung derselben nicht so ausgesprochen, daß sich daraus der bestimmte Wille des Erblassers ergiebt, nicht ohne dieselbe das Testament gelten lassen zu wollen, so wird man die Giltigkeitsclausel, wenn sie auch nur auf gewöhnliche Art ausgesprochen und der Disposition als Theil derselben angehängt ist, ganz unbedenklich für wirksam erklären dürfen.

B) Es kann aber seyn, daß dem Testament an der gesetzlichen oder etwa besonders noch gewollten Form nichts fehlt, sondern daß nur der Wille unvollständig erklärt ist. Betrifft dies nicht den hauptsächlichen Inhalt des Testaments, d. i. die Erbeinsetzung, sondern nur Nebenpuncte, als Vermächtnißbestimmungen, so tritt hier die Regel ein: non vitiatur utile per inutile [92]), also nur diese Bestimmungen gelten nicht, die Erbeseinsetzung dagegen ist zu Recht beständig. Umgekehrt verhält es sich, wenn

91) L. 5 D. *test. quemadm. aper.* (— „publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere").

92) S. Hofacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1342. II. 2. — Uebrigens ist es keineswegs unbestritten, ob hier die Regel: utile non vitiatur per inutile überall anzuwenden sey; s. unten S. 417 fgg.

die Erklärung in Ansehung der Erbeinsetzung mangelhaft ist, und nur durch Hinzufügung der Codizillarclausel die Vermächtnisse erhalten werden können. — Dabei sind nun aber folgende Fälle zu bemerken:

1) Es fehlt an aller Erbeseinsetzung. — Da hier nicht von fehlerhaftem Ausdruck der Erbeseinsetzung oder von der mangelnden Erbfähigkeit die Rede ist, auch vorausgesetzt wird, daß der Erblasser einen s. g. directen Erben zu ernennen wirklich beabsichtigte, so scheint dies nicht wohl gedacht werden zu können, am wenigsten bei schriftlichen Testamenten. Indessen darf hier zuvörderst an die s. g. mystischen Erbeseinsetzungen erinnert werden, d. h. wenn der Testirer wegen der Person des Erben auf einen Zettel oder Codizill verweist[93]), der denn doch wohl vergessen werden, oder verloren gehen kann. Außerdem kann es leicht kommen, daß der Testirer das Testament durch einen Dritten schreiben läßt, die Namen der Erben aber selbst ausfüllen will[94]), und dies durch ein Versehen unterbleibt[95]).

93) S. darüber Bd. 35 d. Comment. §. 1417 a. S. 14 fgg., wo in Beziehung auf die Bedeutung von mysticum testamentum, für ein Testament, dessen Inhalt die Zeugen nicht kennen, noch auf SALMASIUS de subscrib. et signand. test. p. 290 sq. zu verweisen ist.

94) Etwa um die Erbeinsetzung möglichst verborgen zu halten, oder wenn Derjenige, welcher das Testament niederschreibt, selber eingesetzt werden soll; L. 3 C. *de his qui sibi adscribunt in test.* (IX. 23).

95) Vgl. HARPRECHT diss. cit. §. 15. — Manche meiner Leser in Rostock werden sich wohl des Falls erinnern, daß der zum alleinigen Universalerben bestimmte Concipient des Testaments da, wo der Name des Erben stehen sollte, eine Lücke ließ, welche aber unausgefüllt blieb;

2) Der Testirer beabsichtigt mehrere Erben zu ernennen, aber nur Einen oder den Anderen nennt er wörtlich; alsdann soll auch dieser nicht Erbe werden. Hierüber sagt Javolenus: „Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varius Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego nec Servium puto aliud sensisse“ [96]).

Daß der Ausdruck heredes primi und secundi hier nicht etwa auf verschiedene Grade der Erbeinsetzung (Institution und Substitution) bezogen werde, ist klar. Wenn der Testirer sich vollständig und deutlich über die Erben des ersten Grades geäussert hat, so ist auch immer ein vollständiges Testament vorhanden, mag der zweite Grad gelten können, oder nicht [97]). Also es ist nur an den Fall gedacht, daß der Testirer mehr Erben ernennen wollte, als er wirklich ernannt hat. Daß über diese Ab-

dem gehörig solemnisirten Testamente fehlte also die Erbeseinsetzung.

96) L. 25 D. *quib. test. fac. poss.*

97) Das Gegentheil behauptet zwar Brunnemann in comment. ad L. 25 cit., jedoch ohne Gründe anzuführen. Sehr gründlich findet sich aber die hier vorgetragene Meinung erwiesen in *Fr.* Hotmani Schol. ad LXX. Tit. Dig. et Cod., opp. T. II. P. II. p. 108. Gleicher Meinung ist auch Cujacius ad tit. Dig. *qui test. fac. poss.* h. l. in f. (ed. Neapol. T. I. p. 1052).

sicht kein Zweifel obwalten müsse, ergiebt sich mit völliger Bestimmtheit aus den Worten: „si *constaret*, voluisse plures eum heredes pronuntiare; im Zweifel wird daher allemal anzunehmen seyn, der Testirer habe eine solche Absicht nicht mehr gehabt, wenn dennoch sich weniger Erben genannt finden, als er früheren Aeusserungen zufolge einsetzen wollte. — In unserer Stelle nun wird ein mündliches Testament vorausgesetzt, an dessen Vollendung der Testirer aber durch plötzliches Verstummen verhindert wurde. An der Form fehlte dem Testamente nichts, wenn der Testirer die Zeugen gehörig rogirt und seinen Willen in einer ihnen verständlichen Sprache erklärt hatte. Aber er soll das, was er will, in der Hauptsache d. h. quoad heredis institutionem, auch vollständig ausdrücken, sonst gilt gar nichts von dem Testamente, auch das schon Ausgesprochene nicht. Daß dies aber auch auf schriftliche Testamente anzuwenden sey, welche der Erbeseinsetzung nach unvollständig sind, darf wohl unbedenklich angenommen werden[98]. Nur muß aus der Testamentsurkunde selbst erhellen, daß der Testirer mehr Erben zu ernennen beabsichtigt habe, als ernannt sind, indem sonst eben immer die Vermuthung eintreten würde, er habe sich eines Anderen besonnen[99].

98) Das Gegentheil behauptet *Fr.* Hotmanus l. l., wegen L. 29 C. *de testam.* M. s. indessen was weiter unten (im Text zur folgenden Not. 1) über diese Stelle gesagt werden wird. Uebrigens deutet Hotman ebenfalls auf die richtige Erklärung hin, wenn er sagt: postremo eo loco (L. 29 Cod.) imperfectum dicitur — — *a ritu et solemnibus duntaxat.*"

99) Harprecht diss. cit. §. 22. („Opus est, ut testator in *ipso testandi actu* aliquid amplius disponere voluerit u. s. w. Talia enim, quae testator in futurum

Jene Absicht würde namentlich nicht bezweifelt werden dürfen, wenn in der Testamentsurkunde es hiesse: „ich setze zu Erben meines Vermögens ein 1) — — — 2) — — —. Diese meine beiden Erben sollen zu gleichen Theilen die Erbschaft unter sich vertheilen" u. s. w. Findet sich nur blos unter der ersten Nummer ein Erbe genannt, nicht aber unter der zweiten, so ist nach unserer Stelle auch jener von der Erbschaft ausgeschlossen. Dagegen spricht auch nicht, daß, wenn der Testirer seinem Erben einen bestimmten Erbtheil zuweist, dieser dennoch das Ganze bekommt[100]). Ernennt Jemand absichtlich nur einen Universalerben, so muß dieser nothwendig heres ex asse seyn, indem ja sonst eine theilweise Erbfolge ab intestato eintreten müßte; die der Form nach giltige Einsetzung eines Erben bezieht sich also nach juristischer Consequenz immer auf das Ganze. So lange dagegen die Willenserklärung des Testirers in Absicht auf das Subject des Erbrechts nicht vollständig ist, existirt sie im Rechtssinne noch gar nicht, mithin kann auch von einer Ergänzung derselben nicht die Rede seyn, sondern es tritt die Intestaterbfolge ein. Eher könnte die bekannte Vorschrift Justinian's als entgegenstehend angesehen werden: daß der Testirer die Namen der Erben eigenhändig schreiben, oder falls er dazu nicht im Stande sey, laut vor den Zeugen nennen solle; sey dies in Beziehung auf den einen oder den anderen der Erben unterblieben, so solle dessen Erbeinsetzung, aber auch nur diese, wegfallen[1]). Dagegen dürfte man sich denn auch nicht darauf berufen, daß Justinian diese

suspendit — — — mutato consilio omisisse praesumitur").

100) §. 5. J. *de heredib. instit.*

1) L. 29. C. *de testam.*

Vorschrift später wieder aufgehoben habe [2]), indem die Constitution doch immer beweist, daß man gar nichts darin fand, die fehlerfreie Einsetzung eines Miterben für das Ganze gelten zu lassen, wenn die Einsetzung des anderen nicht zu Recht bestehen konnte. Indessen ist dies auch zu keiner Zeit in Rom bezweifelt worden, darf aber mit dem Grundsatz nicht verwechselt werden, worauf die Entscheidung der L. 25 cit. beruht. Ein anderes ist nämlich der Mangel einer vollständigen, ein anderes der einer auf gesetzliche Art erfolgten Willenserklärung. Jener macht die Ausführung der Disposition unmöglich, dieser unterwirft die mangelhafte Erklärung nur den Folgen, die das Gesetz dafür bestimmt hat. Da nun, wenn aus irgend einem Grunde die Einsetzung eines Miterben keinen Erfolg haben kann, der wegfallende Theil jure accrescendi an die übrigen Miterben kommt, so konnte Justinian die Folgen der Nichtbeachtung der von ihm vorgeschriebenen Form auch nicht anders bestimmen, wie geschehen ist [3]).

2) Nov. 107. c. 9. — S. Bd. 34. d. Comment. §. 1415. S. 386.

3) Vgl. hiermit Cujacius ad L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (ed. Neapol. T. I. p. 1052.), dessen Erklärung aber unbefriedigend ist, da sie im Wesentlichen darauf hinausgeht, daß die Fälle, wovon die L. 25. D. und die L. 29. C. cit. handeln, verschieden seyen, indem jene von unvollständiger Nuncupation, diese aber von einer ratione voluntatis vollständigen Scriptur rede, ohne daß er sich auf die Gründe der Verschiedenheit zwischen einer in Ansehung des Willens und nur in Ansehung der Solemnität unvollständigen Willenserklärung einläßt, worauf hier doch Alles ankommt. (Vgl. auch oben Note 98 a. E.) Auch in der Accursischen Glosse *Non futuros* ad L. 25.

Die Basiliken bilden übrigens aus dem Inhalt der Lib. 25 cit. die ganz allgemeine Regel: wenn der Testirer verstumme, ehe er Alles, was er sagen wollte, ausgesprochen habe, so gelte die Verfügung in keinem Stücke[4]). Wäre dies wahr, so müßte auch die Erbeseinsetzung, so wie alles sonst bereits in dem Testament Ausgedrückte, wegfallen, wenn der Testirer noch ein Vermächtniß bestimmen wollte und daran durch einen Zufall verhindert wurde. In der That ist dies auch von manchen neueren Juristen behauptet worden, und besonders ausführlich hat diese Meinung Ant. Merenda vertheidigt[5]), welcher sie sogar mit Beziehung auf Lud. Bologninus für die herrschende erklärt[6]), wofür sie aber doch, in späterer Zeit wenigstens, gewiß nicht gehalten werden darf. Die dafür angeführten Gründe lassen sich sämmtlich auf den einen zurückführen: alle einzelnen Puncte einer Willenserklärung gehören zur Integrität derselben; so lange daher eines und das Andere von Dem noch fehlt, was der Testirer ausdrücken wollte, kann die Disposition nicht für

C. *qui test. fac. poss.* finden sich viele Meinungen über die Vereinigung dieser Stelle mit L. 29. C. *de test.* aber so unvollständig excerpirt, daß dadurch für die Erklärung gar nichts gewonnen ist. — Die richtige Ansicht hat aber nach Bartolus ad L. 29. C. *de test.* nr. 2 und (ohne übrigens die L. 29. C. cit. zu erwähnen) auch Pothier Pand. Justin. Tit. *qui test. fac. poss.* nr. XXIV. not. 1. p. 175.

4) Nach der Uebersetzung bei Fabrotus: „Si quis, quum multa dixisset, vellet et alia dicere, obmutuerit, ne ea quidem, quae ante dixit, ullius momenti sunt.“ Lib. XXXV. Tit. I. Fr. 25. T. IV. p. 773.

5) *Ant.* Merendae controvers. jur. Lib. IV. Cap. 48.

6) a. a. O. Nr. 4. a. E.

eine vollständige angesehen werden[7]). Indessen sind dies am Ende doch blos logische Gründe; darnach darf aber die Frage: wann gilt ein rechtlicher Act juristisch für vollendet? so schlechthin nicht beantwortet werden. Man

7) Es werden zwar auch Quellenbelege für die Meinung angeführt; indessen muß man diese erst in dieselben hineintragen, sollen sie überhaupt etwas beweisen. So bezieht Merenda sich auf L. 26. C. *de testam.*, worin aber nur gesagt wird, daß bei mündlichen Testamenten auch die Vermächtnißbestimmungen auf eine den Zeugen verständliche Art erklärt werden müßten, woran gewiß Niemand zweifeln wird. Ferner auf L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (IV. 22.). Hier heißt es, daß ein Furiosus während eines lichten Zwischenraums ein Testament errichten dürfe, und es diesem auch nicht schade, daß der Testator im Wahnsinn sterbe, wenn es nur consumirt sey. Die Consumtion eines Testaments versteht sich freilich immer von selbst, soll dasselbe anders zu Recht bestehen. Wann gilt es aber für consumirt? Das ist ja eben der Streitpunct, welchen Merenda vermittelst einer wahren Petitio principii aus der L. 9. cit. entscheiden will. — Vollends aber ist nicht abzusehen, wozu hier die Berufung auf L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* dienen soll. (S. Merenda l. l. nr. 2. u. nr. 4. in f.) Nach dieser Stelle muß jede wesentliche Abänderung einer testamentarischen Verfügung durch eine neue Anordnung erfolgen („Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt"), nur mit Ausnahme blos erklärender Bestimmungen, z. B. in Ansehung eines zweideutigen und unbestimmten Vermächtnisses, welche auch ohne neue Testamentssolemnitäten giltig seyn sollen. In welcher Verbindung steht nun aber dieß mit dem Satze: daß eine in Ansehung der Vermächtnisse unvollständige Willenserklärung auch die Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung nach sich ziehe? Eine befriedigende Antwort hierauf wird sicher nie gegeben werden können.

wird hier vielmehr so argumentiren müssen: zum wesentlichen Rechtsbestande eines eigentlichen Testaments gehört die Erbeseinsetzung, aber auch nur diese, oder, wie Papinian sich ausdrückt: „testamentum *vires per institutionem heredum accipit*" [8]). Allerdings ist die Absicht des Testirers nicht erfüllt, wenn er an der Bestimmung irgend eines, sey es des geringfügigsten Nebenpuncts, durch Zufall gehindert wird. Aber glaubt man etwa seiner Absicht besser zu entsprechen, wenn man deshalb das Ganze für ungiltig erklärt? Diese Frage würde man freilich auch aufwerfen können, wenn der Testirer noch einen zweiten oder dritten Erben ernennen wollte und dies auszuführen durch seinen plötzlich eingetretenen Tod verhindert wird. Denn, daß er den bereits ernannten Erben einsetzen wollte, steht entschieden fest, und überdies muß der juristischen Consequenz wegen angenommen werden, daß ein Testirer jedem Miterben eventuell das Ganze zuwenden wolle, wenn er das jus accrescendi nicht einschränkt. Allein, da die Erbeinsetzung ganz ausgemacht den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, so ist nach logischen und Rechts-Begriffen die Ausführung desselben nicht möglich, so lange der Testirer sich darüber noch nicht vollständig erklärt hat. Fehlt blos eine vollständige Erklärung in Beziehung auf die Vermächtnisse, so trifft hier doch immer Folgendes zusammen: a) eine Verfügung, die auch nach der Absicht des Testirers eine vollständige in Hinsicht auf den Gesammtnachlaß ist, b) eine Verfügung, welche rechtlich den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, und mit welcher auch die übrigen Bestimmungen desselben fallen [9]).

8) L. 10. D. *de jure codicillor.*

9) L. 1. in f. D. L. 13. §. 1. D. *de jure codicillor.*

Da nun überdies nicht angenommen werden darf, daß der Testirer von den Vermächtnissen die Giltigkeit der Erbeseinsetzungen abhängen lassen wollte [10]), so ist die entgegenstehende Meinung weder mit der Absicht, noch mit einer consequenten Anwendung juristischer Regeln zu vereinigen, vielmehr ist man berechtigt, die Rechtsregel: „**Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent**“ [11]), in ihrer Anwendung auf Testamente so zu interpretiren: umgekehrt aber kann der hauptsächliche Theil des Geschäfts sehr wohl zu Recht bestehen, wenn gleich die Nebenbestimmungen nicht gelten [12]).

3) Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch der

10) Denn immer ist doch das Vermächtniß nur „delibatio hereditatis, qua testator *ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum* velit“ (L. 116. pr. D. *de legat.* I.). Nach der Anordnung des Testators soll also der Erbe eigentlich das Ganze haben, der Vermächtnißnehmer ihm nur seinen Erbtheil schmälern. Wie weit daher diese Verringerung des Erbtheils durch den Vermächtnißnehmer auch immer gehen möge, so kann doch unmöglich die Absicht des Erblassers gewesen seyn, das Erbrecht dem Vermächtnißrecht unterzuordnen, oder dessen Giltigkeit von der des letztern abhängig zu machen.

11) L. 178. D. de regul. jur.

12) Vgl. Hotmanus ad dict. Leg. 25. *verb.* „Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia et firmamentum est, substitutio autem, et legata, et fideicommissa, externa sunt et accidentia, quae sine subjecti interitu et adesse et abesse possunt. Ut mihi quidem dubium esse non possit, *quod falsa nostrorum opinio sit, qui idem de legatis putarunt esse jus, quod hic Servius in pluribus heredibus statuit.*“

Fall: wenn der Testirer der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzufügen wollte, dies aber zu thun unterlassen hat. Hierüber scheinen zwei Stellen einander zu widersprechen. Die eine ist **L. 9. §. 5 D.** *de heredibus instit.* (aus ULPIANUS Libr. V. ad Sabin.) „Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. (Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam et ipse, et nos probamus"). — Die zweite Stelle ist eine Constitution Justinian's aus d. J. 531 [13]). Sie lautet wie folgt: „Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: *Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac po-*

13) VI. Kal. Aug. post consulatum Lampadii a Orestis. Dieser Jahreszahl, so wie der Ueberschrift *Joanni* Praef. Praet. und ihres Inhaltes wegen hält man die Constitution wohl für eine der 50 Decisionen z. B. *Fr.* DUARENUS ad Tit. Dig. *de heredib. inst.* Cap. 3. (opp. p. 337 *b.*) BRUNNEMANN ad h. l. Merillius in seinem comment. ad quinquag. decisiones nennt sie nicht unter denselben.

stea morte praeventus non fecit[14]). Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt."

Die meisten Ausleger haben eine Vereinigung dieser Stellen durch Interpretation (oder auch wohl durch Kritik) versucht. Manche sind aber der Meinung, daß dies nicht möglich sey, und da lag es denn wohl am nächsten, die L. 8 C. cit. so aufzufassen, daß Justinian dadurch eine unter den Juristen streitige Frage entschieden, und zwar gegen die in den Pandekten vorgetragene Ansicht des Marcellus entschieden habe[15]). Einige Unterstützung erhält diese Meinung allerdings durch die Berufung auf Papinian, und daß die Frage zur Casuistik der früheren Jurisprudenz gehörte, mithin es hier an verschiedenen Ansichten nicht fehlte, ergiebt sich schon aus der Art, wie Ulpian dieselbe behandelt. Auch beweist dagegen an sich nichts, daß Justinian weder des Marcellus erwähnt, noch überhaupt bestimmt, daß er eine Streitfrage entscheiden wolle[16]), in-

14) Fast buchstäblich gleichlautend findet sich das Responsum Papinians in der L. 77. §. fin. D. *de leg.* II.

15) So *Fr.* Duarenus l. l. Brunnemann in comment. ad L. 8. Cod. cit. nr. I.

16) Hierauf legt ein besonderes Gewicht *A.* Faber in den Error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 7, obgleich er selber der Meinung ist, daß Justinian's Entscheidung im Grundsatz von der des Marcellus und Ulpians abweiche. (Von seiner Erklärung wird weiter unten die Rede seyn.) Ihm folgt auch *Joh. Henr.* Heise (Pr. *Franc. Justo* Kortholt) diss. de eo, quod

dem es doch immer sehr trüglich ist, nach solchen Aeusserungen es bestimmen zu wollen, ob dadurch gerade eine streitige Rechtsfrage entschieden werden sollte, oder nicht. Indessen muß die Annahme einer Antinomie zwischen Digesten und Codex besonders alsdann immer bedenklich erscheinen, wenn man davon ausgeht, daß die Codex-Stelle eine ältere Streitfrage entscheide; denn diese Entscheidungen wurden ja gerade dadurch veranlaßt, daß die Compilatoren nicht im Zweifel darüber seien, welche Ansicht in die Digesten aufzunehmen sey. Ueberhaupt aber darf eine Antinomie nicht angenommen werden, so lange eine Vereinigung möglich ist; hier ist dies allerdings der Fall. Die Vereinigungsversuche sind freilich sehr mannigfaltig; großentheils finden sie sich bereits in der Accursischen Glosse erwähnt [17]). Hier mögen folgende genannt seyn [18]):

a) Die Pandekten-Stelle spreche von einem Fall, wo der unvollständige Willensausdruck ausser Zweifel, also es gewiß sey, daß eine Bedingung bei der Erbeseinsetzung habe ausgedrückt werden sollen, nicht also die

justum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit. Giss. 1766. §. 11.

17) Glossa *putat* ad L. 9. §. 5. D. *de heredib. inst.* und Gl. *puram* ad L. 8. C. *de inst. et substit.*

18) Eine an diesem Orte nicht weiter zu würdigende Meinung eines Glossators ist: in dem Falle der L. 8. Cod. cit. habe der Testirer gesagt: *heres esto* secundum conditiones infra scriptas, nach L. 9. §. 5. cit. aber *heres erit* sec. conditiones infra scr. S. die Glossa *puram* ad L. 8. C. cit. Dahingegen wird unten noch von einer besondern Meinung Leyser's und Kortholt's die Rede seyn, welche, um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu unterbrechen, früher nicht erwähnt werden konnten.

Coderstelle[19]). Der Grund weshalb Jenes unterblieben ist, wird denn wieder auf verschiedene Art angegeben; bald ist der Testirer durch den Tod überrascht worden, ehe er die Bedingung hat ausdrücken können[20]), bald hat ein Irrthum oder Versehen die Einschaltung der Bedingung verhindert[21]). — Diese Meinung hat in der Hauptsache nicht nur die meisten Stimmen, sondern im allgemeinen auch die überwiegenden Gründe für sich; wir werden weiter unten auf sie wieder zurückkommen.

b) **Marcellus** soll überall nicht sagen, daß die Erbeinsetzung ungiltig sey, sondern nur: daß sie nicht so gelte, wie der Testirer es beabsichtigt habe, also: sie bestehe als unbedingte, nicht als bedingte Einsetzung[22]). Diese Erklärung widerspricht so sehr dem buchstäblichen

19) Diese Meinung, welche unter den Glossatoren besonders **Johannes Bassianus** vertheidigte (s. Gl. Cod.), wird namentlich auch in Schutz genommen von Cujacius ad tit. Dig. *de heredib. inst.* h. l. (opp. ed. Neapolit. T. I. p. 1093.), *Ant.* Perez praelect. in Cod. tit. de instit. et subst. nr. 4. Manzius de test. valido et invalido Tit. VII. Qu. 12. Brunnemann ad L. 9. D. de heredib. inst. nr. 7. (s. oben Note 15.) Hofacker principia juris civilis Rom. Germ. T. II. §. 1326. nr. I. **Westphal** Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 19, und überhaupt von den meisten Neueren. Vgl. auch meine doctr. Pand. Vol. III. §. 646 zu Note 3.

20) So die Glosse: „vel dic morte praeventus non addidit, non instituturus sine conditione."

21) So **Cujacius** u. **Westphal** u. A.

22) Glossa Accurs. „Est pro non instituto, *scil. sic ut destinavit, sed pure*", oder wie es deutlicher noch in der Gl. Cod. heißt: „non est heres, ut voluit testator scil. sub conditione, sed pure."

Ausdruck, daß man sich in der That wundern muß, wie man überhaupt darauf verfallen konnte; noch mehr aber, daß sie von einem so scharfsehenden Rechtsgelehrten wie H. Donellus gebilligt werden konnte[23]).

c) Marcellus habe allerdings eine Meinung gehabt, welche Justinian in seiner Constitution verwerfe; allein auch Ulpian billige sie nicht, man dürfe daher um so eher annehmen, daß auch er sie verwerfe, als ja eine ähnliche in der L. 2. D. *de heredib. instit.* vorgetragene Meinung des Marcellus ebenfalls von ihm gemißbilligt werde[24]). Dagegen erinnert A. Faber nicht mit Unrecht: es finde sich ja am Schlusse der Stelle eine ausdrückliche Billigung dieser Meinung[25]); denn die Gegensätze: wenn eine beabsichtigte Bedingung nicht ausgedrückt ist; und: wenn eine nicht beabsichtigte sich dennoch ausgedrückt findet, hängen so genau mit einander zusammen, daß man nicht umhin kann, die Aeußerung: quam sententiam et ipse, et nos probamus, auf beide zu beziehen. Es kommt aber noch hinzu, daß der Fall, wovon L. 2. *de hered. inst.* handelt, ein wesentlich verschiedener ist. Wenn (heißt es hier) der Testirer mehrere zu Erben einsetze mit der Bestimmung: ex partibus, quas adscripsero, so sey Marcellus der Meinung, die Erbeinsetzung sey

23) *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XXI. §. 25. (ed. Norimb.)

24) Glosse von Rogerius oder von Roffredus bei Accursius zu den Digesten: „vel haec est opinio Marcelli, *quae non tenet*, ut in simili casu supra L. 2. (de heredib. instit.)

25) *A.* Faber Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 4 in f. Eben so Korthölt a. Heise l. l. §. 12.

ganz ungiltig, falls sich keine Theile bestimmt finden, eben so, wie wenn der Testirer gesagt hätte: **si iis partes adscripsero.** Ulpian bemerkt dagegen: in beiden Fällen bestehe die Erbeinsetzung so, als seyen die Erben zu gleichen Theilen eingesetzt. Und dies beruht auch auf einem guten Grunde. Denn an sich sind die Erben unbedingt eingesetzt; ihre Erben-Qualitat hängt von der Größe der Erbtheile, die ihnen bestimmt sind, überall nicht ab, es ist daher im Zweifel auch nicht anzunehmen, daß der Testirer dies dennoch so gewollt habe, gesetzt auch, er habe seine Absicht, Theile zu bestimmen, buchstäblich so ausgedrückt, daß man dies wohl allenfalls als Anordnung einer Bedingung auslegen könnte [26]). Im

26) S. *Barth.* Chesii interpret. jur. Lib. I. cap. IV. nr. 6. sqq. (in Heineccii jurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 27 sqq.). — Etwas gekünstelt scheint hier das Fundament, worauf Ulpian, dem Celsus folgend, seine Entscheidung stützt: „quasi duplici facta institutione;" nämlich, man müsse die Verfügung so auslegen: „sollte ich noch Theile anordnen, so haben die Erben darnach zu theilen, wo nicht, erben sie zu gleichen Theilen. A. Faber findet aber eine zweifache Erbeinsetzung auf dieselben Einsetzungsworte so lächerlich und in sich widersprechend, daß er diese Entscheidung nur durch einen Tribonianismus erklären zu können glaubt. (Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 10. nr. 3 sqq.). Allein was hier eine solche Aenderung veranlaßt haben könnte? darüber bleibt er eine befriedigende Antwort schuldig; wir müßten also, wie in so vielen Fällen vermeintlicher Interpolationen, annehmen, daß nur die Freude an willkührlichen und künstlichen Aenderungen den Tribonian dazu bewogen habe. Ueberhaupt aber würden wir den Fleiß und Scharfsinn der Compilatoren viel zu hoch anschlagen müssen, um auch nur die Hälfte der Inter-

Zweifel; denn ist der Wille des Erblassers ganz klar, daß die Erbeinsetzung nicht eher vollständig seyn solle, bis die Erbquoten bestimmt sind, so räumt auch Ulpian ein, daß demselben nachgegangen werden müsse[27]); ja, er nimmt keinen Anstand, zu behaupten, daß die Erbeseinsetzung in dem Fall immer ungiltig sey, wenn der Erblasser sich auf eine anderswo über die Theile der Einsetzung schon vorhandene Aeusserung beziehe[28]). Man

polationen gelten lassen zu können, die A. Faber ihnen Schuld giebt.

27) „*Si voluntas defuncti non refragatur.*"

28) L. 2. §. 1 D. *de heredib. inst.* „Potest autem interesse, utrum ita quis scribat: *ex his partibus, quas adscripsi*, an: *adscripsero*, ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto*; si intestata mater decesserit, hos non esse institutos." — Auch hier zeigt sich nach A. Faber a. a. O. Nr. 10 sqq. Tribonian's ändernde Hand. Eine Bedingung müsse man die Beziehung auf Theile mit Marcellus nennen a) wenn sie auf eine künftige Bestimmung von Theilen gehe, b) wenn sie auf die von einem Dritten bereits erfolgte Festsetzung von Theilen gestellt werde, sonst sey hier blos eine falsche Demonstration vorhanden, diese aber unschädlich (L. 40. §. 3 D. *de cond. et demonstr.* (XXXV. 1). L. 25 in f. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3). Tribonian habe nun aber ganz verkehrt den ersten Fall nicht für eine Bedingung erklärt, und die beiden letzten Fälle für identisch genommen. — Indessen dürfte sich doch auch diese Entscheidung wohl rechtfertigen lassen. Die Hinweisung auf eine künftige Theilung läßt doch immer die Erklärung zu: wenn ich Theile bestimmen werde, so soll es darnach gehen. Bei der

eine vollständige angesehen werden [7]). Indessen sind dies am Ende doch blos logische Gründe; darnach darf aber die Frage: wann gilt ein rechtlicher Act juristisch für vollendet? so schlechthin nicht beantwortet werden. Man

7) Es werden zwar auch Quellenbelege für die Meinung angeführt; indessen muß man diese erst in dieselben hineintragen, sollen sie überhaupt etwas beweisen. So bezieht Merenda sich auf L. 26. C. *de testam.*, worin aber nur gesagt wird, daß bei mündlichen Testamenten auch die Vermächtnißbestimmungen auf eine den Zeugen verständliche Art erklärt werden müßten, woran gewiß Niemand zweifeln wird. Ferner auf L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (IV. 22.). Hier heißt es, daß ein Furiosus während eines lichten Zwischenraums ein Testament errichten dürfe, und es diesem auch nicht schade, daß der Testator im Wahnsinn sterbe, wenn es nur consumirt sey. Die Consumtion eines Testaments versteht sich freilich immer von selbst, soll dasselbe anders zu Recht bestehen. Wann gilt es aber für consumirt? Das ist ja eben der Streitpunct, welchen Merenda vermittelst einer wahren Petitio principii aus der L. 9. cit. entscheiden will. — Vollends aber ist nicht abzusehen, wozu hier die Berufung auf L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* dienen soll. (S. Merenda l. l. nr. 2. u. nr. 4. in f.) Nach dieser Stelle muß jede wesentliche Abänderung einer testamentarischen Verfügung durch eine neue Anordnung erfolgen („Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt"), nur mit Ausnahme blos erklärender Bestimmungen, z. B. in Ansehung eines zweideutigen und unbestimmten Vermächtnisses, welche auch ohne neue Testamentssolemnitäten giltig seyn sollen. In welcher Verbindung steht nun aber dieß mit dem Satze: daß eine in Ansehung der Vermächtnisse unvollständige Willenserklärung auch die Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung nach sich ziehe? Eine befriedigende Antwort hierauf wird sicher nie gegeben werden können.

wird hier vielmehr so argumentiren müssen: zum wesentlichen Rechtsbestande eines eigentlichen Testaments gehört die Erbeseinsetzung, aber auch nur diese, oder, wie Papinian sich ausdrückt: „testamentum *vires per institutionem heredum accipit*“ [8]). Allerdings ist die Absicht des Testirers nicht erfüllt, wenn er an der Bestimmung irgend eines, sey es des geringfügigsten Nebenpuncts, durch Zufall gehindert wird. Aber glaubt man etwa seiner Absicht besser zu entsprechen, wenn man deshalb das Ganze für ungiltig erklärt? Diese Frage würde man freilich auch aufwerfen können, wenn der Testirer noch einen zweiten oder dritten Erben ernennen wollte und dies auszuführen durch seinen plötzlich eingetretenen Tod verhindert wird. Denn, daß er den bereits ernannten Erben einsetzen wollte, steht entschieden fest, und überdies muß der juristischen Consequenz wegen angenommen werden, daß ein Testirer jedem Miterben eventuell das Ganze zuwenden wolle, wenn er das jus accrescendi nicht einschränkt. Allein, da die Erbeinsetzung ganz ausgemacht den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, so ist nach logischen und Rechts-Begriffen die Ausführung desselben nicht möglich, so lange der Testirer sich darüber noch nicht vollständig erklärt hat. Fehlt blos eine vollständige Erklärung in Beziehung auf die Vermächtnisse, so trifft hier doch immer Folgendes zusammen: a) eine Verfügung, die auch nach der Absicht des Testirers eine vollständige in Hinsicht auf den Gesammtnachlaß ist, b) eine Verfügung, welche rechtlich den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, und mit welcher auch die übrigen Bestimmungen desselben fallen [9]).

8) L. 10. D. *de jure codicillor.*

9) L. 1. in f. D. L. 13. §. 1. D. *de jure codicillor.*

Da nun überdies nicht angenommen werden darf, daß der Testirer von den Vermächtnissen die Giltigkeit der Erbeseinsetzungen abhängen lassen wollte [10]), so ist die entgegenstehende Meinung weder mit der Absicht, noch mit einer consequenten Anwendung juristischer Regeln zu vereinigen, vielmehr ist man berechtigt, die Rechtsregel: „Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent“ [11]), in ihrer Anwendung auf Testamente so zu interpretiren: umgekehrt aber kann der hauptsächliche Theil des Geschäfts sehr wohl zu Recht bestehen, wenn gleich die Nebenbestimmungen nicht gelten [12]).

3) Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch der

10) Denn immer ist doch das Vermächtniß nur „delibatio hereditatis, qua testator *ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum* velit“ (L. 116. pr. D. *de legat.* I.). Nach der Anordnung des Testators soll also der Erbe eigentlich das Ganze haben, der Vermächtnißnehmer ihm nur seinen Erbtheil schmälern. Wie weit daher diese Verringerung des Erbtheils durch den Vermächtnißnehmer auch immer gehen möge, so kann doch unmöglich die Absicht des Erblassers gewesen seyn, das Erbrecht dem Vermächtnißrecht unterzuordnen, oder dessen Giltigkeit von der des letztern abhängig zu machen.

11) L. 178. D. de regul. jur.

12) Vgl. Hotmanus ad dict. Leg. 25. *verb.* „Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia et firmamentum est, substitutio autem, et legata, et fideicommissa, externa sunt et accidentia, quae sine subjecti interitu et adesse et abesse possunt. Ut mihi quidem dubium esse non possit, *quod falsa nostrorum opinio sit, qui idem de legatis putarunt esse jus, quod hic Servius in pluribus heredibus statuit.*“

Fall: wenn der Testirer der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzufügen wollte, dies aber zu thun unterlassen hat. Hierüber scheinen zwei Stellen einander zu widersprechen. Die eine ist **L. 9. §. 5 D.** *de heredibus instit.* (aus Ulpianus Libr. V. ad Sabin.) „Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. (Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est; quam sententiam et ipse, et nos probamus“). — Die zweite Stelle ist eine Constitution Justinian's aus d. J. 531 [13]). Sie lautet wie folgt: „Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: *Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac po-*

13) VI. Kal. Aug. post consulatum Lampadii a Orestis. Dieser Jahreszahl, so wie der Ueberschrift *Joanni* Praef. Praet. und ihres Inhaltes wegen hält man die Constitution wohl für eine der 50 Decisionen z. B. *Fr.* Duarenus ad Tit. Dig. *de heredib. inst.* Cap. 3. (opp. p. 337 *b.*) Brunnemann ad h. l. Merillius in seinem comment. ad quinquag. decisiones nennt sie nicht unter denselben.

stea morte praeventus non fecit[14]). Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt."

Die meisten Ausleger haben eine Vereinigung dieser Stellen durch Interpretation (oder auch wohl durch Kritik) versucht. Manche sind aber der Meinung, daß dies nicht möglich sey, und da lag es denn wohl am nächsten, die L. 8 C. cit. so aufzufassen, daß Justinian dadurch eine unter den Juristen streitige Frage entschieden, und zwar gegen die in den Pandekten vorgetragene Ansicht des Marcellus entschieden habe[15]). Einige Unterstützung erhält diese Meinung allerdings durch die Berufung auf Papinian, und daß die Frage zur Casuistik der früheren Jurisprudenz gehörte, mithin es hier an verschiedenen Ansichten nicht fehlte, ergiebt sich schon aus der Art, wie Ulpian dieselbe behandelt. Auch beweist dagegen an sich nichts, daß Justinian weder des Marcellus erwähnt, noch überhaupt bestimmt, daß er eine Streitfrage entscheiden wolle[16]), in-

14) Fast buchstäblich gleichlautend findet sich das Responsum Papinians in der L. 77. §. fin. D. *de leg.* II.

15) So *Fr.* Duarenus l. l. Brunnemann in comment. ad L. 8. Cod. cit. nr. I.

16) Hierauf legt ein besonderes Gewicht *A.* Faber in den Error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 7, obgleich er selber der Meinung ist, daß Justinian's Entscheidung im Grundsatz von der des Marcellus und Ulpians abweiche. (Von seiner Erklärung wird weiter unten die Rede seyn.) Ihm folgt auch *Joh. Henr.* Heise (Pr. *Franc. Justo* Kortholt) diss. de eo, quod

dem es doch immer sehr trüglich ist, nach solchen Aeusserungen es bestimmen zu wollen, ob dadurch gerade eine streitige Rechtsfrage entschieden werden sollte, oder nicht. Indessen muß die Annahme einer Antinomie zwischen Digesten und Codex besonders alsdann immer bedenklich erscheinen, wenn man davon ausgeht, daß die Codex-Stelle eine ältere Streitfrage entscheide; denn diese Entscheidungen wurden ja gerade dadurch veranlaßt, daß die Compilatoren nicht im Zweifel darüber seien, welche Ansicht in die Digesten aufzunehmen sey. Ueberhaupt aber darf eine Antinomie nicht angenommen werden, so lange eine Vereinigung möglich ist; hier ist dies allerdings der Fall. Die Vereinigungsversuche sind freilich sehr mannigfaltig; großentheils finden sie sich bereits in der Accursischen Glosse erwähnt [17]). Hier mögen folgende genannt seyn [18]):

a) Die Pandekten-Stelle spreche von einem Fall, wo der unvollständige Willensausdruck ausser Zweifel, also es gewiß sey, daß eine Bedingung bei der Erbeseinsetzung habe ausgedrückt werden sollen, nicht also die

justum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit. Giss. 1766. §. 11.

17) Glossa *putat* ad L. 9. §. 5. D. *de heredib. inst.* und Gl. *puram* ad L. 8. C. *de inst. et substit.*

18) Eine an diesem Orte nicht weiter zu würdigende Meinung eines Glossators ist: in dem Falle der L. 8. Cod. cit. habe der Testirer gesagt: *heres esto* secundum conditiones infra scriptas, nach L. 9. §. 5. cit. aber *heres erit* sec. conditiones infra scr. S. die Glossa *puram* ad L. 8. C. cit. Dahingegen wird unten noch von einer besondern Meinung Leyser's und Kortholt's die Rede seyn, welche, um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu unterbrechen, früher nicht erwähnt werden konnten.

Coderstelle[19]). Der Grund weshalb Jenes unterblieben ist, wird denn wieder auf verschiedene Art angegeben; bald ist der Testirer durch den Tod überrascht worden, ehe er die Bedingung hat ausdrücken können[20]), bald hat ein Irrthum oder Versehen die Einschaltung der Bedingung verhindert[21]). — Diese Meinung hat in der Hauptsache nicht nur die meisten Stimmen, sondern im allgemeinen auch die überwiegenden Gründe für sich; wir werden weiter unten auf sie wieder zurückkommen.

b) Marcellus soll überall nicht sagen, daß die Erbeinsetzung ungiltig sey, sondern nur: daß sie nicht so gelte, wie der Testirer es beabsichtigt habe, also: sie bestehe als unbedingte, nicht als bedingte Einsetzung[22]). Diese Erklärung widerspricht so sehr dem buchstäblichen

19) Diese Meinung, welche unter den Glossatoren besonders Johannes Bassianus vertheidigte (s. Gl. Cod.), wird namentlich auch in Schutz genommen von Cujacius ad tit. Dig. *de heredib. inst.* h. l. (opp. ed. Neapolit. T. I. p. 1093.), *Ant.* Perez praelect. in Cod. tit. de instit. et subst. nr. 5. Manzius de test. valido et invalido Tit. VII. Qu. 12. Brunnemann ad L. 9. D. de heredib. inst. nr. 7. (s. oben Note 15.) Hofacker principia juris civilis Rom. Germ. T. II. §. 1326. nr. I. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 19, und überhaupt von den meisten Neueren. Vgl. auch meine doctr. Pand. Vol. III. §. 646 zu Note 3.

20) So die Glosse: „vel dic morte praeventus non addidit, non instituturus sine conditione."

21) So Cujacius u. Westphal u. A.

22) Glossa Accurs. „Est pro non instituto, *scil. sic ut destinavit, sed pure*", oder wie es deutlicher noch in der Gl. Cod. heißt: „non est heres, ut voluit testator scil. sub conditione, sed pure."

Ausdruck, daß man sich in der That wundern muß, wie man überhaupt darauf verfallen konnte; noch mehr aber, daß sie von einem so scharfsehenden Rechtsgelehrten wie H. Donellus gebilligt werden konnte [23]).

c) Marcellus habe allerdings eine Meinung gehabt, welche Justinian in seiner Constitution verwerfe; allein auch Ulpian billige sie nicht, man dürfe daher um so eher annehmen, daß auch er sie verwerfe, als ja eine ähnliche in der L. 2. D. *de heredib. instit.* vorgetragene Meinung des Marcellus ebenfalls von ihm gemißbilligt werde [24]). Dagegen erinnert A. Faber nicht mit Unrecht: es finde sich ja am Schlusse der Stelle eine ausdrückliche Billigung dieser Meinung [25]); denn die Gegensätze: wenn eine beabsichtigte Bedingung nicht ausgedrückt ist; und: wenn eine nicht beabsichtigte sich dennoch ausgedrückt findet, hängen so genau mit einander zusammen, daß man nicht umhin kann, die Aeußerung: quam sententiam et ipse, et nos probamus, auf beide zu beziehen. Es kommt aber noch hinzu, daß der Fall, wovon L. 2. *de hered. inst.* handelt, ein wesentlich verschiedener ist. Wenn (heißt es hier) der Testirer mehrere zu Erben einsetze mit der Bestimmung: ex partibus, quas adscripsero, so sey Marcellus der Meinung, die Erbeinsetzung sey

23) *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XXI. §. 25. (ed. Norimb.)

24) Glosse von Rogerius oder von Roffredus bei Accursius zu den Digesten: „vel haec est opinio Marcelli, *quae non tenet*, ut in simili casu supra L. 2. (de heredib. instit.)

25) *A.* Faber Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 4 in f. Eben so Korthölt s. Heise l. l. §. 12.

ganz ungiltig, falls sich keine Theile bestimmt finden, eben so, wie wenn der Testirer gesagt hätte: si iis partes adscripsero. Ulpian bemerkt dagegen: in beiden Fällen bestehe die Erbeinsetzung so, als seyen die Erben zu gleichen Theilen eingesetzt. Und dies beruht auch auf einem guten Grunde. Denn an sich sind die Erben unbedingt eingesetzt; ihre Erben-Qualität hängt von der Größe der Erbtheile, die ihnen bestimmt sind, überall nicht ab, es ist daher im Zweifel auch nicht anzunehmen, daß der Testirer dies dennoch so gewollt habe, gesetzt auch, er habe seine Absicht, Theile zu bestimmen, buchstäblich so ausgedrückt, daß man dies wohl allenfalls als Anordnung einer Bedingung auslegen könnte [26]). Im

26) S. *Barth.* Chesii interpret. jur. Lib. I. cap. IV. nr. 6. sqq. (in Heineccii jurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 27 sqq.). — Etwas gekünstelt scheint hier das Fundament, worauf Ulpian, dem Celsus folgend, seine Entscheidung stützt: „quasi duplici facta institutione;“ nämlich, man müsse die Verfügung so auslegen: „sollte ich noch Theile anordnen, so haben die Erben darnach zu theilen, wo nicht, erben sie zu gleichen Theilen. A. Faber findet aber eine zweifache Erbeinsetzung auf dieselben Einsetzungsworte so lächerlich und in sich widersprechend, daß er diese Entscheidung nur durch einen Tribonianismus erklären zu können glaubt. (Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 10. nr. 3 sqq.). Allein was hier eine solche Aenderung veranlaßt haben könnte? darüber bleibt er eine befriedigende Antwort schuldig; wir müßten also, wie in so vielen Fällen vermeintlicher Interpolationen, annehmen, daß nur die Freude an willkührlichen und künstlichen Aenderungen den Tribonian dazu bewogen habe. Ueberhaupt aber würden wir den Fleiß und Scharfsinn der Compilatoren viel zu hoch anschlagen müssen, um auch nur die Hälfte der Inter-

Zweifel; denn ist der Wille des Erblassers ganz klar, daß die Erbeinsetzung nicht eher vollständig seyn solle, bis die Erbquoten bestimmt sind, so räumt auch Ulpian ein, daß demselben nachgegangen werden müsse[27]); ja, er nimmt keinen Anstand, zu behaupten, daß die Erbeseinsetzung in dem Fall immer ungiltig sey, wenn der Erblasser sich auf eine anderswo über die Theile der Einsetzung schon vorhandene Aeusserung beziehe[28]). Man

polationen gelten lassen zu können, die A. Faber ihnen Schuld giebt.

27) „*Si volantas defuncti non refragatur.*"

28) L. 2. §. 1 D. *de heredib. inst.* „Potest autem interesse, utrum ita quis scribat: *ex his partibus, quas adscripsi*, an: *adscripsero*, ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto*; si intestata mater decesserit, hos non esse institutos." — Auch hier zeigt sich nach A. Faber a. a. O. Nr. 10 sqq. Tribonian's ändernde Hand. Eine Bedingung müsse man die Beziehung auf Theile mit Marcellus nennen a) wenn sie auf eine künftige Bestimmung von Theilen gehe, b) wenn sie auf die von einem Dritten bereits erfolgte Festsetzung von Theilen gestellt werde, sonst sey hier blos eine falsche Demonstration vorhanden, diese aber unschädlich (L. 40. §. 3 D. *de cond. et demonstr.* (XXXV. 1). L. 25 in f. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3). Tribonian habe nun aber ganz verkehrt den ersten Fall nicht für eine Bedingung erklärt, und die beiden letzten Fälle für identisch genommen. — Indessen dürfte sich doch auch diese Entscheidung wohl rechtfertigen lassen. Die Hinweisung auf eine künftige Theilung läßt doch immer die Erklärung zu: wenn ich Theile bestimmen werde, so soll es darnach gehen. Bei der

kann also gewiß nicht sagen, daß Ulpian in der L. 2. cit. von der von ihm in der L. 9. §. 5. referirten Meinung des Marcellus abweiche, im Gegentheil enthält jene Stelle noch einen Beweisgrund dafür, daß er in Hinsicht auf eine vom Testirer wirklich gewollte Bedingung der Einsetzung völlig mit demselben übereinstimme. Eine eigenthümliche Ansicht hat A. Faber [29]). Zu-

Verweisung auf eine bereits vorgenommene Bestimmung von Theilen liegt doch allemal ein Irrthum des Testirers zu Grunde, wenn eine solche Theilung nicht geschehen ist; dadurch aber wird die Erklärung des Testirers doch jedenfalls sehr unsicher. Man kann auch sagen: hier werden Theile gegeben, die überall nicht existiren; diese Bestimmung steht also mit der Einsetzung selbst in der genauesten Verbindung. Dagegen affizirt ein bloßer Vorbehalt künftig zu bestimmender Theile die Einsetzung unmittelbar nicht, und der Erblasser kann ja seine Absicht, Theile anzuordnen, immer noch aufgeben. Auch widerspricht Ulpian sich nicht (wie Westphal a. d. nachher anzuführenden Orte zu glauben scheint), wenn er L. 36 D. *de heredib. instit.* sagt: „Si quis ita scripserit heredem: *ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto*; etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus." Denn es ist ganz klar, daß das futurum exactum hier für das gewöhnliche futurum steht, wie in L. 2 *eod.*, also die Bestimmung des Erbtheils blos vorbehalten wird. — Vgl. *Fr.* Duarenus ad tit. de heredib. inst. Cap. 3. (opp. p. 338). *Barth.* Chesius interpr. jur. Lib. I. Cap. IV. Nr. 12 sqq. (in Heinecc. Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 29 sqq.) Pothier Pand. Justin. tit. *de hered. inst.* Nr. XXXVIII. Not. e. T. II. p. 202. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 265. S. 189—192.

29) Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. IX. — Einen

vörderst geht er von dem richtigen Grundsatze aus, daß der Wille des Erblassers immer als Norm angesehen werden müsse, wenn die Frage entstehe, ob gewisse Weglassungen der Gültigkeit des Testaments schaden, oder nicht. Davon enthalte die Pandektenstelle folgende Anwendung: Hat der Erblasser zwar die Hinzufügung einer Bedingung beschlossen, allein absichtlich unterlassen, so gilt die Einsetzung; beharrte er dagegen bei seinem Willen, so gilt sie nicht. Ersteres liege in den Worten: Tantundem — — putat; Letzteres in dem Satze: Sed si conditionem u. s. w. Nur müsse man die Lesart ändern, und zwar in der Art, daß man das *non* vor instituto weglasse und in dem folgenden Satze hinter conditionem einschiebe. Die Stelle müsse mithin so lauten: Tantundem Marc. tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc *pro instituto* putat. Sed si conditionem *non* addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum (d. i. wenn er die Bedingung zwar nicht hinzufügt, allein dieselbe nicht absichtlich wegläßt, sondern bei seinem Willen beharrt, daß der Erbe ohne Bedingung — detracta conditione — nicht Erbe seyn solle), nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. — Den Grund zu einer Emendation, wodurch beide Sätze geradezu eine ganz andere Bedeutung erhalten, als sie nach der übereinstimmenden Lesart aller Handschriften und Ausgaben haben

Vereinigungsversuch kann man diese Erklärung nicht nennen, da Faber's Ansicht zuletzt darauf zurückkommt, daß Justinian's Constitution — wenn gleich nicht absichtlich, sondern in Folge der großen Unwissenheit Tribonian's — etwas Anderes enthalte, wie die Pandekten-Stelle.

können, findet A. Faber hauptsächlich[30]) in dem *Tantundem* Marcellus tractat. Es solle also hier das Nämliche gelten, wie in dem vorausgegangenen Satze. Ganz gewiß. Allein was ist darin bestimmt? Der entschiedene Wille des Testirers, sagt Marcellus, soll dem Buchstaben des Testaments vorgehen, und darum der Erbe auch nur den Erbtheil erhalten, der ihm wirklich zugedacht war, wenn gleich ein größerer im Testament geschrieben ist. Ganz dasselbe drückt ja auch der erste Satz in unserer Stelle aus, wenn man die gewöhnliche Lesart beibehält, wogegen bei der von Faber vorgeschlagenen Emendation noch erst hinzugedacht werden muß, daß der Testirer seine Absicht wieder aufgegeben habe[31]). — Eben so wenig Grund, wie diese

30) Er führt ausserdem noch an: daß kleinere Partikel sich durch Nachlässigkeit der Schreiber bisweilen versetzt finden; dies wird man ihm herzlich gerne einräumen, ja man darf ihm das Lob nicht versagen, daß der Grund, woraus die Weglassung des *non* in dem zweiten Satz sich erklären lasse, recht scharfsinnig erdacht und für manche Fälle wohl davon Gebrauch zu machen ist; in der Handschrift habe nämlich gestanden: condic. non addidit, woraus denn sehr leicht das: conditionem addidit habe entstehen können (l. l. Nr. 9). — Ein anderer Nebengrund ist: das *nuncupatum* könne nicht auf eine Bedingungsformel bezogen werden (formulam enim habet conditio, non nomen!), sondern nur auf den Erben (ebendas.). Aber kann denn das: „nec nuncupatum videri, *quod* contra voluntatem scriptum est" heissen: der gegen den Willen des Erblassers ernannte Erbe ist nicht für eingesetzt zu halten?!

31) „Nam et hoc casu (heißt es a. a. O. Nr. 8 a. E.) id ipsum scriptum esse videtur, quod testator voluit, quia licet ab initio destinaret inserere conditionem

Kritik, hat der Tadel Tribonian's, der diesmal nicht den Vorwurf einer Interpolation enthält, sondern darauf gegründet ist, daß derselbe den Marcellus auf eine handgreifliche Art mißverstanden habe. In der L. 8 Cod. habe nämlich der Satz ausgedrückt werden sollen: wenn der Testirer seine Absicht, eine Bedingung anzuordnen, wieder aufgegeben hat, so besteht die Einsetzung. Statt dessen sey der ganz widersinnige Satz zu Tage gefördert: wenn auch der Testirer ausdrücklich erkläre, er setze Jemanden unter den nachstehenden Bedingungen ein, so gelte doch die Einsetzung ohne Bedingung. Dies würde Marcellus ganz anders entschieden haben.— Wir wollen darüber nicht streiten, was Marcellus gethan haben würde. Soviel ist aber gewiß, daß, wenn er das sagen wollte, was Faber ihm in den Mund legt, er sich ganz anders ausdrücken müßte, denn sonst würde ihn der Vorwurf eines nicht nur unbestimmten, sondern mit dem Gedanken im Widerspruche stehenden Ausdrucks vielmehr treffen, wie den Kaiser Justinian und seinen Minister [32].

Noch darf eine Meinung nicht mit Stillschweigen übergangen werden, die eben so wenig, wie die von A. Fa-

cum tamen postea nullam addiderit, non alia de causa fecisse credendus est, quam quia nec addere voluerit." — Wie er bei solchen Voraussetzungen Justinian's Verordnung noch tadelnswerth finden konnte, ist fast räthselhaft. — S. gegen die Faber'sche Interpretation auch noch Korthold diss. cit. §. 16.

32) Um nicht ermüdend zu werden, übergehe ich, was A. Faber über die nach seiner Meinung hier ganz unpassende Beziehung auf Papinian sagt (a. a. O. Nr. 11 sq.). Inwiefern der von Papinian entschiedene Fall etwas hieher Gehöriges enthält, wird sich weiter unten zeigen.

der als Vereinigungsversuch betrachtet werden kann, ja wobei die L. 8 C. cit. gar nicht einmal erwähnt ist, indessen mit so großer Zuversichtlichkeit als eine alle Zweifel beseitigende Erklärung der L. 9. §. 5 D. *de hered. inst.* angekündigt wird, daß sie schon darum nicht unbeachtet bleiben kann. Barth. Chesi trägt uns dieselbe vor[33]), jedoch nach den Lehrvorträgen seines von ihm ausserordentlich belobten Lehrers Nic. Bonaparte[34]). Diese Meinung nun kommt im Wesentlichen darauf zurück: wollte der Testirer mehr ausdrücken, als er wirklich ausgedrückt hat, so wird das Fehlende ergänzt; (also: wenn er unbedingt einsetzen wollte, aber durch ein Versehen eine Bedingung hinzugefügt hat). Anders verhält es sich, wenn weniger gewollt, mehr gesagt ist; (also der nach des Testirers Absicht mit einer Bedingung einzusetzende Erbe unbedingt eingesetzt ist). Hier gilt die ganze Disposition nicht. — Diese Probe von Nic. Bonaparte's Gelehrsamkeit und Scharfsinn hätte immerhin der Nachwelt vorenthalten bleiben mögen. Wenn wir auch ganz auf sich beruhen lassen, daß hier auf eine durchaus sprachwidrige Weise, von dem, welcher durch Versehen eine Bedingung hinzugefügt hat, gesagt wird: er habe weniger gesagt als gewollt, — so dürfen wir doch wohl fragen: wie läßt sich nach dieser Regel die vorausgehende Entscheidung Marcell's rechtfertigen, daß bei irrthümlicher Angabe einer höheren Erbquote die gewollte, niedrigere, für ausgedrückt anzusehen sey? Wie ist damit Justinian's Entscheidung in der L. 8 C. cit.

33) *Barth.* Chesius interpr. jur. Lib. II. Cap. XLVIII. (in der Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 238 sqq.)

34) S. über denselben Chesius in den interpr. jur. Lib. I. c. 47. (l. l. p. 237. Nr. 11) u. cap. 49 (l. l. p. 261).

zu vereinigen, welche doch jedenfalls als geltendes Recht betrachtet werden muß? Ueberhaupt wäre es ein Leichtes, durch das argumentum ab absurdo die völlige Unhaltbarkeit dieses s. g. Grundsatzes zu zeigen; doch mag es an dem Gesagten genug seyn.

Betrachten wir nun die Frage: welche Wirkung hat es, wenn beabsichtigte Bedingungen nicht hinzugefügt werden? zuvörderst aus einem ganz allgemeinen Gesichtspuncte, so wäre hier eine zwiefache Ansicht möglich. Zuerst, daß man sagte: Bedingungen sind Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts, ein Mangel derselben kann also auf die hauptsächliche Bestimmung keinen Einfluß äussern[35]. — Eine zweite mögliche Ansicht aber ist die: die Bedingung einer Erbeinsetzung hängt aufs Genaueste mit dieser selbst zusammen und bildet einen wesentlichen Theil derselben. Nur unter dieser oder jener Bedingung will der Erblasser seine Verlassenschaft dem Erben zuwenden, ohne sie existirt mithin noch gar keine Erbeinsetzung, wenn die Hinzufügung einer Bedingung wirklich beabsichtigt wurde. — Abgesehen nun von der bekannten Regel (welche übrigens in einem positiven Rechte auch allenfalls eben so zweckmäßig umgekehrt bestimmt seyn könnte), daß unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen gar nicht beachtet werden, — so wie davon, daß die Nichtexistenz der Bedingung die vis rumpendi des Testaments nicht verhindert, ist es denn auch ganz unverkennbar die

35) Vgl. Wilh. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (oder: Versuche im Gebiete des Civilr. Th. 2) §. 8. S. 41, wo auf ähnliche Art der Beweis des Grundes versucht wird, weshalb bei Testamenten unmögliche Bedingungen für nicht geschrieben gelten, also die Hauptbestimmung als eine unbedingte besteht.

Ansicht der Römer gewesen, daß die Bedingung und die davon abhängig gemachte Disposition als ein unzertrennliches Ganze zu betrachten seien [36]). Auch unsere Pandektenstelle (L. 9. §. 5 D. *de heredib. inst.*) enthält dafür ein sehr sprechendes Zeugniß, und man darf es sicher als eine noch anwendbare Rechtsregel ansehen, daß eine Erbeseinsetzung nicht gilt, wenn der Testirer ganz entschieden eine Bedingung damit verknüpfen wollte, diese aber fehlt. Gewiß ist diese Regel zu keiner Zeit, und auch von Justinian nicht, bezweifelt. Allein wann dies für ausgemacht anzunehmen sey? darüber gab es allerdings wohl verschiedene Ansichten. Wer hier Alles recht strenge nahm, der hielt sich an die einmal erklärte Absicht des Testirers, Bedingungen beifügen zu wollen, und verlangte einen deutlich ausgesprochenen Widerruf jener Absicht, um die Verfügung als eine unbedingte gelten zu lassen. Andere dagegen machten den bekannten favor testamentorum auch hier geltend, so wie die darauf gegründete Rechtsregel: „Quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est“ [37]). Mag nun die L. 8 C. *de instit. et substit.* zu den 50 Dezisionen gehören oder nicht, — soviel ist gewiß, daß Justinian hierin eine Frage entschied, über welche keineswegs eine bestimmte Meinung feststand, und zwar daß er sich, wie meistens zu der billigeren Partei hielt. Der wesentliche Inhalt seiner Ver-

36) L. 17 D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7) — — — „conditio — — *occupabit institutionem.*“ — L. 26 in f. *eod.* — — — conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.“

37) L. 24 (25) D. *de rebus dubiis.* (Marcellus Lib. XI. Dig.)

ordnung läßt sich so ausdrücken: auch die Erklärung, der Erbeseinsetzung Bedingungen hinzuzufügen, schadet dem Rechtsbestande der Erbeseinsetzung nicht, wenn diese dennoch unbedingt ausgesprochen ist, sich auch sonst nirgends im Testamente Bedingungen ausgedrückt finden, die darauf bezogen werden können; es soll also in solchem Falle angenommen werden, der Testirer habe seinen Willen hinsichtlich der hinzuzufügenden Bedingungen wieder geändert[38]). — Indessen sind verschiedene Juristen der Meinung, daß die Stelle überhaupt nicht von Bedingungen zu verstehen sey, sondern der Ausdruck conditiones hier die Bedeutung anderer Nebenbestimmungen, oder auch eines modus habe[39]). Eine scheinbare Unterstützung enthält diese Meinung auch durch die Berufung Justinian's auf das Responsum von Papinian: ein Testirer hat einer Stadt gewisse Dorfschaften[40]) vermacht und sich eine nähere Bestimmung über die Gränzen der vermachten Güter, so wie der Kampfspiele halber vorbehalten. Daran wird er aber durch den Tod verhindert. Papinian nun ist der Meinung, daß dies der Giltigkeit des Vermächtnisses nichts schade, indem die Güter ihre bestimmten Gränzen ohnehin haben, also alles Wesentliche feststehe. Freilich ist also hier von einer Bedingung nicht die Rede. Dennoch stellen sich dieser Interpretation fol-

38) S. *Cyprian. Regn. ab* Oesterga comment. in leg. Cod. ad h. l. (p. 258 b).

39) So Leyser medit. ad Pand. Sp. 351. m. 7 sq. und ausführlicher Kortholt diss. cit. §. 17—21. — Auf ähnliche Weise sucht auch schon Connanus comment. jur. civil. Lib. X. Cap. VI. Nr. 8 in f. zu erklären.

40) Ueber die Bedeutung der Vici s. Cujacius ad Papiniani responsa. Lib. VIII. (opp. Ed. Neapol. T. IV. p. 1276).

gende erhebliche Gründe entgegen. Zuvörderst ergiebt es sich aus dem Schlußsatze der Stelle mit unzweifelhafter Gewißheit, daß der Kaiser hier an eigentliche Bedingungen dachte, — also an solche Bestimmungen, wodurch der Erfolg eines Rechtsgeschäfts suspendirt wird[41]. Sodann ist es bei einer erweislich unvollständigen Willenserklärung gleichgiltig, ob dasjenige, wovon der Testirer die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung abhängig machen wollte, Bedingung oder irgend eine andere Auflage oder nähere Bestimmung sey, z. B. die Bestimmung von Theilen. Steht es wirklich fest, daß der Testirer selber die Erbeseinsetzung nicht eher für vollständig hielte, bis die nähere Bestimmung erfolgte, so kann sie auch nicht eher dafür gelten[42]. So wichtig daher auch der Unterschied zwischen Bedingungen und anderen Nebenbestimmungen, namentlich der Festsetzung von Theilen von jeher erschien, so durfte sich doch Justinian, wenn er einmal den Grundsatz aufstellen wollte: im Zweifel ist die Erklärung wegen der hinzuzufügenden Bedingungen zurückgenommen, auf die Papinianische Entscheidung berufen, welche sich doch am Ende nur darauf stützen konnte: wenn Alles sonst verständlich und klar im Testamente angeordnet sey, so solle eine Erklärung des Testirers: er beabsichtige noch Dieses und Jenes anzuordnen, im Zweifel nicht berücksichtigt werden. Mehr als dies wollte aber auch sicher Papinian nicht sagen, ungeachtet es in dem Responsum heißt: der Testirer sey morte praeventus von der Ausführung seiner Bestimmung abgehalten worden.

41) L. 8 in f. C. *de instit. et subst.* „Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri *ab initio conditionalem esse institutionem.*“

42) L. 2 D. *de heredib. inst.* (s. oben Note 27).

Eine völlige Gewißheit darüber: ob der Testirer seine Absicht ins Werk gerichtet haben würde, wenn er gelebt hätte, ist nie zu erhalten. Immer konnte es aus den Umständen wahrscheinlich werden, daß nur der Tod die Ausführung gehindert habe und darum so die Anfrage gestellt seyn, als wäre dies ausser Zweifel. Sollte hier also ein durchgreifender und allen Zweifeln ein Ende machender Grundsatz entscheiden, so konnte darauf keine Rücksicht genommen werden, sondern der Jurist mußte so allgemein antworten, wie von ihm geschehen ist.

Damit steht denn die **L. 9. §. 5 D.** *de heredib. instit.* auch keineswegs im Widerspruch, wie jetzt gezeigt werden soll. Ulpian handelt in der ersten Hälfte der der **L. 9 (Pr. §. 1 — 7)** cit. von solchen Fällen, wo das im Testament Geschriebene mit dem Willen des Testirers nicht übereinstimmt; in allen diesen Fällen entscheidet er sich denn dahin, daß der Buchstabe des Testaments dem Willen des Erblassers immer weichen müsse, ja dieser alsdann auch zur Ausführung komme, wenn das Versehen kein wesentliches, oder auch das Gewollte irgendwie im Testamente selbst ausgedrückt sey. Davon werden nun folgende Anwendungen vorgetragen: Wenn im Testamente ein ganz Anderer als Erbe stehe, als der vom Testirer Gemeinte, so gelte die Erbeseinsetzung gar nicht, nicht für den Genannten, weil dieser nicht gemeint sey, nicht für den Gewollten, weil dieser nicht genannt sey[43].

43) L. 9 pr. D. *de heredib. instit.* — Vgl. L. 3 D. *de rebus dubiis* (XXXV. 5). „Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.“ *C. G.* Hübner ad tit. Dig. de reb. dub. comment. p. 131 in f. sqq. — Meine Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls S. 35 fg.

Und ein Gleiches finde Statt, wenn durch ein Versehen eine andere Sache genannt sey, als der Testirer nennen wollte[44]). Dagegen werde dem Willen nachgegangen, wenn das Versehen sich nur auf Größen-Bestimmungen beziehe, es möge nun irrthümlich eine größere Quote im Testamente geschrieben seyn, als der Testirer wollte[45]), oder eine geringere[46]). Wenn nun Ulpian im §. 5

44) L. 9. §. 1 D. *de heredib. inst.*

45) L. 9. §. 4 *eod.* „Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, quum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus lib. XII. Quaestion. — posse defendi ait, ex semisse heredem fore, *quasi plus nuncupatum sit*, minus scriptum (s. unten Not. 47); *quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus*. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere." — Daß man übrigens dieser ganzen Argumentation nicht recht trauete, ergiebt sich aus den mehrfachen und gewichtigen Autoritäten, worauf man sie zu stützen suchte.

46) L. 9. §. 3 *eod.* „Sed si majorem adscripserit testamentarius, vel *quod difficilius est probatione*, ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat, ex quadrante fore heredem, *quoniam inest quadrans in semisse*; quam sententiam et Celsus probat. (§. 4). Sed et siquis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem juris est; *nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit, et quod adjectum est*; quae sententia non est sine ratione." — Auf ähnliche Art argumentirt Ulpian mit Berufung auf Julianus in der L. 27. §. 3 D. *de recept.* (IV. 8): Wenn von drei Schiedrichtern der eine auf 15, der andere auf 10, ein Dritter auf 5 erkenne, so sey diese letztere Summa zu zahlen, — weil — 5 in 10 sowohl als in 15 stecke, oder: „quia in hanc summam omnes convenerunt"! So soll denn auch hier der durch ein Versehen auf zu

fortfährt: „Tantundem Marcellus tractat et in eo" u. s. w., so darf man dies nicht blos auf die zuletzt angeführten Entscheidungen, wegen der irrthümlichen Größen-Bestimmungen, sondern man muß es auf die ganze vorausgegangene Erörterung beziehen. Es folgen nämlich nun wieder Beispiele von Fällen wo a) die Disposition überall nicht gilt, weil der Wille des Testirers nicht ausgedrückt ist; und b) wo das von ihm Gewollte zur Ausführung kommt. Wir wollen einen Fall der letzteren Art [47]) zuerst betrachten: Wenn durch ein blo-

Viel eingesetzte Erbe die ihm zugedachte geringere Summe bekommen, weil diese ja doch immer in dem Mehreren enthalten sey. — Die unbedingten Verehrer der juristischen Klassiker mögen sehen, wie sie dergleichen vortreffliche Schlußfolgerungen rechtfertigen. — Daß es so schlechter Gründe zur Rechtfertigung dieser Entscheidung nicht bedürfe, bemerkt mit Recht *Jos.* AVERANIUS interpr. jur. Lib. IV. Cap. 16. Nr. 1. Indessen begnügt er selbst sich mit der Erklärung: errorem in quantitate non vitiare. Besser sagt man wohl: wenn die Erbeinsetzung an sich betrachtet ohne Mängel ist, so kann ein irrthümlicher Ausdruck in Ansehung der Erbquoten eben so wenig als wesentlich in Betracht kommen, wie irgend ein anderer Irrthum im Ausdruck oder in der Bezeichnung (s. z. B. §. 29 u. 30 Inst. *de legat.*). Alles kommt also lediglich darauf an: ob der Beweis des Irrthums, so wie dessen, was gemeint sey, geführt werden kann? Diesen hat natürlich derjenige zu führen, welcher sich auf die Absicht des Testirers gegen den Ausdruck des Testaments beruft.

47) Auch der in L. 9. §. 7 vorgetragene gehört dahin: es beabsichtigt der Testirer zwei zu Erben einzusetzen, statt des ersten Erben nennt er aber zweie (den Primus et Secundus, und darauf noch einen Dritten); hier soll die

ſes Verſehen eine Bedingung ausgedrückt iſt, welche der Teſtirer nicht beabſichtigte, ſo beſteht die Einſetzung als eine unbedingte; denn die Erbeseinſetzung iſt ausgedrückt, die Nebenbeſtimmung iſt hier etwas Ueberflüſſiges, kann dies mithin erwieſen werden, ſo fehlt es ja nicht an dem Ausdruck deſſen, was der Teſtirer eigentlich beabſichtigte [48]). Es iſt allerdings ſchwer, ſich ein ſolches Verſehen als möglich zu denken; am erſten noch ſo, daß man mehrere Erben einſetzt, den einen unbedingt den anderen bedingt, die Bedingungsformel jedoch ſo ſtellt, daß ſie nach dem grammatiſchen Zuſammenhange auf Beide bezogen werden muß [49]). Dies führt nun den Juriſten wieder auf einen ſolchen Fall, wo die Einſetzung ſelbſt als gar nicht vorhanden anzuſehen iſt: „Idem tractat,

Erbeseinſetzung für den Secundus überall nicht gelten. Der Beweis, daß dieſer nicht gemeint ſey, wird freilich in den meiſten Fällen mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſeyn.

48) Den hier (in L. 9 pr. §. 5) und in der L. 9. §. 2 vorkommenden Ausdruck: *nuncupatum* darf man nicht ſo deuten: es hat der Teſtirer ſeinen Willen mündlich erklärt, derſelbe iſt aber falſch aufgeſchrieben; ſondern das nuncupatum geht offenbar auf die feierliche Nuncupation bei den Mancipationsteſtamenten (Gaji inst. II. 104): die Nuncupation, oder die feierliche Erklärung des Teſtirers, daß die tabulae ſeinen letzten Willen enthalten, ſoll alſo auf die Abſicht des Teſtirers, nicht auf den bloßen Buchſtaben der Scriptur bezogen werden.

49) Z. B. A. ſoll mein Erbe ſeyn unter dieſer oder jener Bedingung, und auf gleiche Art B. Ergiebt ſich nun etwa aus anderen Stellen des Teſtaments, oder aus ſonſtigen Aeuſſerungen des Teſtirers, daß B. unbedingt eingeſetzt ſeyn ſolle, ſo muß er auch dafür gelten.

et si testamentarius (d. i. Derjenige, welcher das vom Erblasser dictirte Testament niederschreibt) **contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum**"[50]). Hier wird also geradezu gesagt: der Testirer hat eine Bedingung ausgesprochen, der Schreiber hat sie aber entweder gar nicht, oder verändert niedergeschrieben, gerade so, wie auch in einer der bereits erwähnten Stellen (Note 45) von Theilen die Rede ist, die anders niedergeschrieben sind, als sie dictirt wurden. Man könnte dies vielleicht als eine Erläuterung der zu Anfang des §. 5 gemachten unbestimmten Aeusserung ansehen, daß der Erbe nicht als eingesetzt zu betrachten sey, wenn der Testirer die Absicht gehegt, eine Bedingung hinzuzufügen, dies aber nicht ausgeführt habe. Indessen ist kein Grund vorhanden, die Entscheidung des Marcellus hierauf zu beschränken, und auch für das practische Recht kann man als allgemeingiltige Regel annehmen: ist die Absicht des Testirers entschieden, eine Bedingung der Erbeseinsetzung beifügen zu wollen, so besteht diese gar nicht, wenn sich die Bedingung nicht ausgedrückt findet. Bei der Anwendung dieser Regel treten nun allerdings wohl Meinungsverschiedenheiten ein, und wenngleich Marcellus selber lehrte: zweifelhafte Aeusserungen sollten dem Rechtsbestande des Testaments nicht schaden[51]), so darf man doch nach den sonst uns erhaltenen Interpretationen dieses Juristen[52]) wohl annehmen, daß er den von Justinian in der **L. 8 C. cit.** aufgestellten Fall anders entschieden haben würde, wie der Kaiser. Ist also durch

50) **L. 9. §. 6 D.** *de heredib. inst.*

51) **L. 24 D.** *de reb. dubiis.* — S. oben Note 27.

52) S. **L. 2 pr. D.** *de heredib. inst.*

Justinian's Constitution etwas Neues bestimmt, so betrifft dies doch nicht den Grundsatz, sondern nur dessen Auslegung und Anwendung. Die desfalsige Bestimmung des Kaisers läßt sich als Rechtssatz etwa so ausdrücken: eine bloße Erklärung des Testirers, irgend etwas noch festsetzen zu wollen[53]), soll gar nicht beachtet werden, so lange die Auslegung möglich ist, daß er dies unterlassen habe, weil er wieder anderen Sinnes geworden ist. Eine solche Auslegung bleibt auch alsdann noch möglich, wenn der Erblasser durch einen plötzlichen Tod dahin gerafft wurde, ehe er seine Absicht ausführen konnte. Was von ihm ausgesprochen ist, steht fest, was er gethan haben würde, wenn er Zeit zur Ausführung seiner geäusserten Absicht gehabt hätte, läßt sich mit Sicherheit immer nicht bestimmen. Wo es aber ausser Zweifel ist, daß der Testirer bei seinem Willen beharrt sey, da würde sicher auch Justinian nicht anders entschieden haben[54]). Man setze z. B. den Fall, der Testirer behält sich bei der Erbeinsetzung die Hinzufügung von Bedingungen vor; diese finden sich zwar nirgends ausgedrückt, wohl aber heißt es an einer Stelle des Testaments: Sollte die Bedingung nicht eintreten, unter welcher ich den A. zum Erben eingesetzt habe, so substituire ich ihm für diesen Fall den

53) Ob dies in demselben Testamente geschehen sollte, oder (wie in dem von Papinian L. 77. §. fin. referirten Falle) in einem anderen Aufsatze, ist gleichgiltig.

54) Mit Recht bemerkt A. Faber (Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 9. Nr. 5 in f.) „Justiniani constitutio, quantumvis generalis esse videatur, eum tamen casum proculdubio non complectitur, quo proponas, illius, qui destinaverat inserere conditionem, certam esse voluntatem, quod nollet institutum aliter, quam sub conditione esse heredem.“

B. Daß hier die früher geäusserte Absicht nicht geändert sey, ist klar, und darum kann denn auch die Erbeseinsetzung nicht bestehen. Wer möchte wohl zweifeln, daß Justinian diesen Fall eben so entschieden haben werde? Sein Gesetz enthält nicht das Geringste, um das Gegentheil anzunehmen; eher liesse sich dafür allenfalls noch anführen, daß nach dem Schlußsatz der Stelle die in irgend einem Theile des Testaments ausgedrückte Bedingung die Wirkung haben soll, als wäre dieselbe unmittelbar mit der Erbeseinsetzung in Verbindung gesetzt. Doch würde dieser Grund an und für sich betrachtet immer sehr schwach seyn, auch bedarf es dessen zur Begründung unserer Interpretation überall nicht.

IV. Damit das spätere Testament ein früheres rumpire, durfte in demselben auch kein suus heres präterirt seyn: „Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur, et eo jure utimur“ [55]). Das Testament, worin ein Postumus präterirt war, hob ein vorher errichtetes auf, wurde aber freilich durch agnatio postumi selber rumpirt [56]). So rumpirten auch Testamente, welche nur durch querela inofficiosi testamenti oder durch contra tabulas Bonorum possessio rescindirt werden konnten, indem diese ohne eine solche Rescission als vollkommen wirksame Testamente bestanden [57]). Nach dem Rechte der Nov. 115 kann aber auch dem wegen Präterition eines suus heres nichtigen Testamente die Wirkung der Ruption nicht versagt werden, da die

55) L. 7 D. *de liber. et postum.* (S. Bd. 36 d. Comment. §. 1421 h. S. 319).

56) S. L. 12 pr. D. *h. t.* (Vgl. Bd. 36 d. Comment. S. 317 fg.)

57) S. Bd. 37 des Comment. S. 294.

Nichtigkeit eines solchen Testaments jetzt immer nur eine relative ist, deren Wirkung sich (eben so wie die eines Testaments, worin ein Postumus präterirt war) nicht sofort äussert, sondern davon abhängt, ob bei der Delation des Erbrechts der verletzte Notherbe im Wege steht, oder nicht[58]). Im practischen Rechte kann also Verletzung der Notherbenrechte überall nicht mehr als ein Grund angesehen werden, welcher dem Testamente die Ruptionskraft entzieht. Indessen wird es doch nöthig seyn, an diesem Orte eine Stelle etwas näher zu betrachten, welche mit dem schwierigeren Theile des zur Zeit der Pandekten-Juristen geltenden Notherbenrechts in der genauesten Verbindung steht und von jeher die Aufmerksamkeit der neueren Juristen in besonders hohem Grade auf sich gezogen hat. Es ist die — an früheren Orten dieses Commentars schon mehrmals berührte[59]) — **L. 12. §. 1. D.** *de bon. poss. contra tab.* **(XXXVII. 4).** Sie lautet wie folgt:

Gajus *Lib. XIV. ad Edictum provinciale.* — **Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testa-**

58) Auch davon ist, und zwar unter Anführung der Gründe, schon oben die Rede gewesen Bd. 37 d. Comment. §. 1425 b. S. 294 fg. Nr. 7. §. 1425 c. S. 233. Vgl. auch, was daselbst zur Begründung des Derogations-Systems gesagt wurde, besonders S. 341—349.

59) S. Bd. 36 d. Comment. S. 321 fg. Note 10. Bd. 37. S. 362. Note 23.

mento scripti heredes; et ita jus habet, ut, quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur."

Abweichende Lesarten, die irgend auf den Sinn von Einfluß seyn könnten, giebt es hier gar nicht. In den Basiliken wird das „remoto filio" durch „non existente filio" (nach der Fabrotischen Uebersetzung) wieder gegeben, das folgende „amoto filio" durch „si filius non esset." Ueberhaupt aber lautet der zweite Satz (von den Worten *et ita jus habet* bis zum Schlusse) hier nach der wesentlich ganz richtigen Uebersetzung so: „*generaliter* enim, quoties is, contra quem petitur bonorum possessio contra tabulas, poterat, si filius non esset, omnino hereditatem obtinere, tunc quoque filius adversus ipsum bonorum possessionem petere potest, si vero ille remoto quoque filio omnino hereditatem obtinere non poterat (oder wörtlicher übersetzt: si non poterat etiam sine filio, s. non existente filio hereditatem omnino habere), filius quoque a bonorum possessione contra tabulas excluditur" 60).

60) Libri Basilic. Lib. XL. Tit. III. ii; (T. V. p. 307). Koch B. P. 364 meint, der griechische Uebersetzer habe keine Aufklärung gegeben, auch bezeichnet er das *generaliter* durch ein Fragezeichen. Indessen ungeachtet der nur ganz geringen Aenderungen im Ausdruck haben die Verf. der Basiliken nicht nur diese Stelle durchaus richtig aufgefaßt, sondern auch manches zu ihrem besseren Verständniß beigetragen, wie sich nachher ergeben wird.

Von den Auslegern ist Koch hier vorzüglich deswegen zu nennen, weil sich bei ihm eine ziemlich vollständige Aufzählung und (oft freilich ganz grundlose) Kritik der verschiedenen Meinungen über diese Stelle findet[61].

In der Hauptsache wird eine Ausnahme von der auch hier wieder anerkannten Regel aufgestellt, daß nur durch ein vollständiges Testament ein früheres aufgehoben werde. Worin diese Ausnahme bestehe? ist auch im Allgemeinen nicht schwer zu bestimmen: Wenn in einem früheren vollständigen Testamente ein Sohn enterbt ist (— versteht sich auf gehörige Art; denn sonst wäre es kein test. perfectum), in einem folgenden unvollständigen aber präterirt ist, so soll der Präterirte dennoch eine contra tabulas bonorum possessio gegen das zweite Testament haben, falls die in diesem Eingesetzten, wenn der präterirte Notherbe ihnen nicht im Wege stände, eine wirksame Bonorum possessio aus demselben erhalten könnten. Eine contra tabulas B. P. nun wurde nur gegen ein solches Testament gegeben, woraus eine wirksame sec. tab. B. P. nachgesucht werden konnte, wären in demselben nicht Notherbenrechte verletzt worden[62].

61) In der Schrift von der Bonorum Possessio nimmt der Commentar über diese Stelle mehr als 60 Seiten ein (von S. 361—422), und die Meinungen Anderer finden sich S. 393—420 dargestellt. Manche der von ihm übergangenen Meinungen finden sich auch bei *Barth.* Chesius in der unten (Note 72) anzuführenden Stelle. Daß in der nachfolgenden Erörterung nur die bemerkenswertheren angeführt werden sollen, bedarf wohl keiner Rechtfertigung; denn fast Jeder von den zahlreichen Schriftstellern über die Stelle hat etwas Eigenthümliches.

62) S. hierüber Bd. 36 d. Comment. S. 327. Not. 18 und Bd. 37. S. 6 fg. so wie daselbst Not. 7 angeführten

Der in einem testamentum posterius imperfectum ernannte Erbe erhielt aber in der Regel keine wirksame B. P. gegen den in dem früheren vollständigen Testamente Eingesetzten, da dieses also nicht rumpirt war, so half es dem Notherben auch nicht, daß er in dem zweiten Testamente präterirt war; ausser der querela inofficiosi testamenti wider das erste Testament hatte er überall kein Impugnativmittel[63]). Nur wenn in dem letzteren die nächsten Intestaterben eingesetzt, in dem ersten ausgeschlossen oder übergangen waren, rumpirte jenes nach dem prätorischen Rechte das früher errichtete Testament (s. oben die Ausführung unter II. S. 365 fgg.). Es liegt daher gewiß sehr nahe, die Stelle von Gajus ebenfalls hiervon zu verstehen, wonach man denn ihren Sinn etwa so ausdrücken dürfte: ist der Notherbe in einem vollständigen Testament gehörig enterbt, in einem späteren unvollständigen, d. h. nur in der prätorischen Form errichteten, aber präterirt, so kann er gegen das letzte die contra tab. B. P. alsdann nachsuchen, wenn darin die nächsten Intestaterben eingesetzt sind; denn unter dieser Voraussetzung würden die eingesetzten Erben eine wirksame Bonorum possessio aus dem zweiten Testamente erhalten. — In der That ist auch von den meisten Interpreten die Stelle so verstanden, von den Glossatoren[64]) bis auf

Belegstellen und Schriftsteller, denen noch beizufügen ist Francke Notherbenrecht S. 133 fgg.

63) S. Band 37 d. Comment. §. 1422. S. 91 fg. Nr. 2 a.

64) Gl. Accursii *Filius* ad h. l. — Auch Bartolus drückt in der Summa zu dieser Stelle ihren Sinn so aus: „Per secundum testamentum, in quo filius est praeteritus, si in eo sunt scripti venientes ab intestato, rumpitur primum."

den neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand, Fr. Förster[65]). Testamentum jure factum ist hiernach also ein unter den civilrechtlichen Solemnitäten errichtetes Testament, testamentum imperfectum dasjenige, welchem diese mangeln, woraus aber doch der Prätor eine sec. tab. Bon. possessio giebt[66]), und zwar hier ausnahmsweise darum giebt, weil in demselben die nächsten Intestaterben eingesetzt sind. — Indessen verstehen Manche unter dem hier gemeinten testamentum imperfectum jedes Testament, woraus der Prätor eine secundum tabulas B. P. gab, gleichviel, ob darin Intestaterben eingesetzt seien, oder nicht. Diese Meinung vertheidigen besonders Maranus[67]) und Koch[68]). Es ist allerdings wahr, daß von dem besonderen Rechte der L. 2 D. *h. t.*[69])

65) De bonor. poss. liber. praeterit. contra tab. parent. P. II. §. 128 — 130. — Vgl. auch noch Bachov ad §. 6 Inst. *quib. mod. test. infirm.* nr. 4 und Pothier Pand. Justin. tit. de B. P. c. tab. nr. XVI. Not. a. p. 564; dieser nennt die beiden in der L. 2 D. *h. t.* erwähnten Ausnahmen: wenn das unvollständige Testament entweder jure militari errichtet, oder der nächste Intestaterbe darin eingesetzt sey, so rumpire es das frühere. Das erstere gehört aber hieher in keiner Beziehung; denn theils gilt es an sich schon als vollständiges Testament, theils schadet einem solchen Testamente die Uebergehung von Notherben nicht.

66) Vgl. hier Bd. 36 d. Comment. S. 321. 322. Note 10, sodann oben §. 1426. S. 119 fg. Not. 63 dieses Bandes, auch die Ausführung unter Nr. I. dieses §.

67) *Guil.* Marani Paratitla ad Pand. tit. de Bon. poss. contra tab. (opp. Tolos. 1667. p. 694.)

68) Koch B. P. S. 367. §. 3 u. S. 381 fgg. §. 14.

69) — — „nisi — — in eo scriptus est, qui ab inte-

in unserer Stelle nicht ausdrücklich die Rede ist, und gewiß nicht ohne Grund sagt Maranus: wenn Gajus nur jenes besondere Recht vor Augen gehabt hätte, so würde er dies viel kürzer und bestimmter haben nennen können, statt sich eines so allgemeinen und zweideutigen Ausdruckes zu bedienen [70]. Auch entgeht man dadurch am besten einer anderen Schwierigkeit, nämlich der Frage: welche Intestaterben eigentlich gemeint seien? da als der nächste doch immer der präterirte Sohn selber zu betrachten ist. (Wir werden auf diese Frage weiter unten zurückkommen). Nun bin ich ebenfalls der Meinung, daß die Stelle nicht blos auf ein in Ansehung der civilrechtlichen Solennitäten unvollständiges Testament, welches nur durch Einsetzung der Intestaterben vis rumpendi erhalte, einzuschränken sey, wofür die Gründe späterhin angegeben werden sollen; nichtsdestoweniger bleibt es aber unrichtig anzunehmen, daß ein prätorisches Testament ein unter den civilrechtlichen Solennitäten errichtetes zu zerstören die Macht gehabt habe, ausser in dem Falle, wenn darin die Intestaterben eingesetzt waren. Der Beweis davon ist oben (Nr. II. S. 364 fgg.) bereits geführt, worauf hier verwiesen werden darf [71].

Noch weiter aber entfernen sich diejenigen von der gewöhnlichen Auslegung, welche annehmen, daß unter dem testamentum imperfectum hier ein solches gemeint sey, worin ein Notherbe präterirt ist. Es sind hier be-

stato venire potest; tunc enim et posteriori non perfecto superius rumpitur."

70) — „si de venientibus ab intestato Jurisconsultus sensisset, promtius fuerat id nominatim dicere, quam ambigua et longa locutione uti."

71) S. auch Foerster l. l. §. 130. Not. 31. S. 397.

sonders zu nennen Bartholomäus Chesi[72]) und August Friedrich Schott[73]). Beider Ansichten sind aber im Einzelnen doch wieder so verschieden, daß jede besonders dargestellt werden muß.

Der Erstere nun argumentirt auf folgende Art: contra tabulas Bon. possessio kann nur gegen ein wirkliches Testament nachgesucht werden; das s. g. testamentum posterius imperfectum zu Gunsten der Intestaterben ist aber gar kein Testament, sondern Intestatcodizill[74]), — dies kann also nicht gemeint seyn. Aber freilich darf auch nicht an ein zweites Testament gedacht werden, worin ein suus heres präterirt ist; denn ein solches kann das frühere Testament überall nicht rumpiren. Es ist also anzunehmen, daß der präterirte Sohn ein Emanzipirter war. In diesem Falle wurde zwar das frühere Testament durch das folgende schon ipso jure rumpirt, indessen konnte dies doch durch contra tab. B. P. rescindirt werden, und darum nennt es Gajus ein imperfectum[75]). — Koch nennt dies eine ganz elende Erklärung und meint, Gajus müsse der gröbste Ignorant gewesen seyn, wenn er sich den Fall so gedacht hätte, indem alsdann ja nicht der mindeste Zweifel vorhanden gewesen wäre, warum das zweite Testament das erste nicht rumpiren

72) *Barth.* Chesius interpr. jur. Lib. I. Cap. VI. (in der Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 43 sqq.)

73) Comment. de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud rumpente Cap. VII. (oder richtiger Cap. VI.) p. 67—71.

74) Gegen diese Ansicht habe ich mich oben S. 379 fgg. ausführlich erklärt. Damit fällt denn schon der Grund dieser ganzen Argumentation hinweg.

75) l. l. Nr. 20—24.

solle[76]). Dies sagt ja aber Chesius auch selbst, dessen Erklärung nichtsdestoweniger unhaltbar ist, da sonst den Urheber der Stelle der gerechte Vorwurf treffen würde, daß er eine Trivialität, — einen Satz, der von selbst aus den bekanntesten Sätzen folgte, als etwas ganz Besonderes vorgetragen habe.

Schott geht davon aus: der Jurist hat es hier überall nicht mit dem Satz zu thun, daß ein zu Gunsten der Intestaterben errichtetes unvollständiges Testament ein früheres vollständiges rumpire, sondern er spricht nur von dem Recht des präterirten Notherben; darum darf der Ausdruck **testamentum imperfectum** hier auch nur auf das wegen Präterition des Notherben unvollständige Testament bezogen werden. Nehme man an, daß in dem zweiten Testament nicht die Intestaterben eingesetzt seien, so würde es, ungeachtet alle Solemnitäten beobachtet seien, in dem Falle null und nichtig seyn, wenn der präterirte Notherbe **suus heres** sey. Anders habe es sich freilich mit dem Emanzipirten verhalten, dessen Präterition dem zweiten Testamente, wenn es sonst nur zu Recht bestehen konnte, die Kraft, ein früheres zu zerstören, nicht habe entziehen können. Der Prätor sey daher bewogen worden, das sich von selbst verstehende Recht des Emanzipirten, ein **test. posterius**, worin er präterirt worden sey, durch **contra tabulas B. P.** umzustoßen, auch dem präterirten **suus** zu geben, jedoch nur für den Fall, wenn in dem zweiten Testamente die Intestaterben eingesetzt seien.

Dieser ganzen Darstellung liegt eine seltsame Vermischung der Begriffe eines **testamentum imperfectum** zu Grunde. Darunter soll hier nur ein wegen Präterition des Notherben unvollständiges Testament verstanden

76) a. a. O. S. 401.

werden, und gleichwohl hat Schott sich von dem, in dem vorausgehenden Theile der Abhandlung von ihm selbst entwickelten Begriff nicht losmachen können, daß es ein solches sey, welches nur durch die Einsetzung der Intestaterben Giltigkeit erhalten könne. Und wie wenig Consequenz und Zusammenhang liegt darin, daß der Prätor den suis hier das Recht der Emanzipirten gegeben, und dennoch die Möglichkeit der Impugnation durch contra tabulas B. P. auf den Fall beschränkt habe, wenn die Intestaterben eingesetzt seien, nicht zu gedenken der mancherlei irrigen oder doch sehr schlecht ausgedrückten Sätze[77]), welche in jedem Falle beweisen, daß die Grundsätze der prätorischen Erbfolge und deren Verhältniß zum Civilerbrecht vom Verfasser nicht richtig aufgefaßt waren.

Andere unter den Auslegern streitige Puncte können zweckmäßig erst zur Erörterung kommen, nachdem ich zuvor meine Ansicht über die Stelle im Ganzen auseinandergesetzt habe.

Fehlte einem zweiten Testament an der Form nichts, oder wurde es auch nur in Folge eines besonderen Rechts als ein äusserlich vollständiges betrachtet (wie das vorzugsweise s. g. testamentum posterius imperfectum), so rumpirte es ein früheres, wenn nicht in demselben ein suus heres präterirt war. In diesem Falle hatte es

77) Zu diesen gehört denn auch die Aeusserung: das test. posterius *imperfectum* bestehe ipso jure (l. l. p. 69), wodurch er sagen will: es gilt juristisch als wäre es ein zu Recht beständiges, aber blos zu dem Zwecke, damit eine Bonorum possessio dagegen möglich werde. Koch bemerkt zu dieser Stelle: „Mein seeliger Freund hat schon blos durch diese Behauptung gezeigt, daß er die Materie von der B. P. nicht gründlich studirt hatte" (a. a. O. S. 405. Not. 4).

auch nicht einmal vim rumpendi prioris [78]). Unstreitig war also der in einem solchen Testamente präterirte blos prätorische Notherbe besser daran; das frühere Testament war rumpirt, gegen das spätere suchte er die contra tabulas B. P. nach. Daß eine consequente Anwendung der Grundsätze des prätorischen Successionsrechts mitunter zu Resultaten führte, welche nicht beabsichtigt seyn konnten, indem sie die civilrechtlichen Erben schlechter stellte als die prätorischen, — das konnte nicht ausbleiben. Indessen wußte man meistens Mittel zu finden, solche Ungleichheiten (welche man auch die innern Inconsequenzen eines Rechtssystems nennen könnte) aufzuheben; entweder wurde der prätorische Erbe auf das geringere Recht des civilrechtlichen beschränkt [79]), oder es wurde auf den Letzteren das vortheilhaftere Recht des Ersteren bezogen [80]). Ei-

78) L. 7 D. *de liber. et post.* — Allerdings findet sich auch in den Schriften, welche unsere Stelle erklären oder berühren, bisweilen die Behauptung, daß auch ein solches Testament das frühere rumpirt habe, weil doch der Prätor daraus eine secundum tabulas B. P. gegeben habe. Indessen beruht dies auf einer Verwechslung zwischen B. possessio cum re und sine re, und überhaupt wird es nicht nöthig seyn, nach dem, was hierüber früher schon vorgekommen ist (s. insonderheit Bd. 36 d. Comment. S. 319 fgg. und oben S. 445 fgg.), die Ansicht, daß ein wegen Präterition eines suus heres nichtiges Testament auch die vis rumpendi nicht gehabt habe, hier noch näher zu begründen. Was in dieser Beziehung noch von Koch a. a. O. S. 384. §. 15 a. E. gesagt ist, wird dadurch für hinreichend widerlegt geachtet werden können.

79) S. Gaji Inst. II. §. 124—126.

80) Als hieher gehöriges Beispiel läßt sich auch die L. 20 pr.

nen Fall der letzteren Art haben wir nun hier. Eine so auffallende Ungleichheit konnte weder unbemerkt, noch ohne Abhilfe bleiben. So entstand denn die Regel, welche Gajus in der zweiten Hälfte der Stelle vorträgt: so oft die im zweiten Testamente eingesetzten Erben ein wirksames Recht gegen die im ersten Eingesetzten haben würden, falls ihnen nicht ein Notherbe im Wege stände, soll das erste Testament auch für den Notherben rumpirt, d. h. dieser berechtigt seyn, gegen das zweite eine contra tabulas B. P. nachzusuchen. Daß die Regel durch die Jurisprudenz aufgekommen sey, scheint aus den einleitenden Worten: „*et ita jus habet*," hervorzugehen, so wie aus der Art ihrer Fassung. Diese ist aber auch zugleich so bestimmt, daß man in der That kaum begreift, weshalb man ihr keine Allgemeingiltigkeit zugestehen, d. h. sie nicht auf alle Fälle anwenden will, worauf sie möglicherweise gehen kann, ja sogar, um sie nur nicht allgemein zu verstehen, ganz willkührlich annimmt, Gajus habe denselben Satz doppelt gesagt, da er doch ganz deutlich zuerst eine Anwendung vorträgt, und diese auf die gleich daran geknüpfte allgemeine Regel stützt. Hiernach zerfällt denn die Stelle in zwei Theile, die mit einander in nothwendigem Zusammenhange stehen, ohne daß indessen der letzte nur als Wiederholung des ersten betrachtet werden darf, wie jetzt gezeigt werden soll.

1) Gajus geht von dem besonderen Falle aus: es ist in einem civilrechtlichen Testamente der Notherbe gehörig enterbt, in einem nur nach prätorischem Rechte giltigen aber präterirt. — Daß der Ausdruck testamen-

D. de contra tab. B. P. ansehen. S. Bd. 37 d. Comment. S. 10 fg.

tum imperfectum von jedem mangelhaften Testamente gebraucht werden kann, so wie testamentum jure factum von jedem, dem nichts fehlt, — daß also beide Ausdrücke sich auch auf solche Testamente beziehen lassen, die wegen Verletzung des Notherbenrechts nicht bestehen können, oder wegen gehöriger Berücksichtigung derselben giltig sind, leidet sicher keinen Zweifel[81]). Gewöhnlicher ist es aber, jene Ausdrücke auf die äusseren Solemnitäten zu beziehen; zumal wenn dieselben, so wie hier, im Gegensatze stehen, und daß dies auch hier geschehen sey, beweist die ganze Fassung des Satzes. Die Worte: „quo filius exheredatus est," und „in quo praeteritus sit filius," können nicht füglich als nähere Bestimmung der vorausgehenden Worte, m. a. W. nicht als Angabe des Grundes angesehen werden, weshalb in dem einen Falle das Testament ein jure factum, in dem anderen ein imperfectum sey, sondern die natürlichste Uebersetzung ist die: wenn in einem vollständigen Testamente der Sohn enterbt, in einem unvollständigen aber präterirt ist[82]). — Hiernach wird denn in dem ersten Theil unserer Stelle der bekannte Rechtssatz: daß ein prätorisches Testament ein früheres civilrechtliches alsdann rumpire, falls in demselben die Intestaterben eingesetzt sind, — auf den Fall angewandt, wenn in demselben ein Notherbe übergangen ist. Wir wollen hier noch nicht untersuchen: wie dies überhaupt möglich sey, da der Notherbe ja eben der nächste Intestaterbe ist? sondern vorläufig nur das Resultat dahin angeben: ist in dem früheren vollständigen Testamente der Notherbe gehörig enterbt, in dem zweiten unvollständigen aber prä-

81) S. oben §. 1426. S. 119 fg. Note 63 u. S. 122 fg. Not. 74.
82) Koch a. a. O. S. 367 fg. §. 4.

terirt, so erhält der Notherbe gegen das letztere eine **contra tabulas Bonorum possessio**, wenn ohne ihn die darin Eingesetzten auch als nächste Intestaterben zur Erbschaft berufen seyn würden.

2) Dieser Entscheidung folgt dann der allgemeine Rechtssatz, worauf sie beruht, der aber natürlich noch andere Fälle umfaßt. Der Jurist fährt nämlich so fort: Und dies ist also Rechtens[83]), daß der übergangene Notherbe in dem Falle eine **contra tabulas Bonorum possessio** nachsuchen kann, wenn ohne seine Dazwischenkunft der eingesetzte Erbe die Erbschaft erhalten würde, sonst aber nicht. — Der Anwendungs-Fall, an welchen gewiß Jeder von selbst denken wird, ist folgender: dem zweiten Testamente fehlt an der Form gar nichts. Wer nun auch darin eingesetzt seyn möge, **Extraneus** oder Intestaterbe, immer würde das frühere Testament rumpirt seyn, wenn nicht ein civilrechtlicher Notherbe präterirt wäre. Dieser Umstand steht denn nach dem Civilrecht der Ruption im Wege (**L. 7 D.** ***de liberis et postumis***), allein der Prätor giebt dem **suus heres** gegen das letzte Testament die **contra tabulas B. P.** eben so gut, wie dem blos prätorischen Notherben, der sie von selbst verlangen konnte, da trotz seiner Präterition das frühere Testament durch das spätere schon **ipso**

83) Koch a. a. O. S. 377. §. 13 meint, daß die Worte: *et ita jus habet* hier etwa so viel bedeuten, als unser: von Rechtswegen am Schluß der Erkenntnisse. Das könnte man zur Noth glauben, wenn sich damit das Ganze schlösse. Aber jene Worte bilden ja nur den Uebergang zu dem folgenden Satze, welcher nach Koch als reine Wiederholung des vorausgegangenen betrachtet werden müßte. Gewiß haben hier die von ihm getadelten Basiliken den Sinn richtiger getroffen (s. unten Note 85).

jure rumpirt ist. — Dies Resultat nimmt auch Koch an[84]), doch ohne irgend Gründe dafür anzuführen, weder allgemeine noch besondere; denn die Stelle von Gajus soll, wie er meint, schlechterdings nur von dem Falle handeln, wenn das zweite Testament ein lediglich nach prätorischer Form giltiges ist. Daraus folgte denn nach seiner Voraussetzung (daß es auch bei einem solchen Testamente nicht einmal der Einsetzung der Intestaterben bedürfe) jenes Resultat ganz von selbst per argumentum a majori; aber auch hierauf beruft er sich nicht einmal. Da nun diese Voraussetzung ohnehin falsch ist, so erscheint die bloße Uebereinstimmung im Resultate als etwas rein Zufälliges, und schließt den Vorwurf nicht aus, daß auch von Koch die Stelle durchaus mißverstanden sey. Hatte Gajus blos das prätorische Testament im Gegensatze des civilrechtlichen hier vor Augen, so erscheint die Stelle unleidlich tautologisch und schleppend; was mit wenigen Worten gesagt werden konnte und mußte, das findet sich hier nicht blos zweimal gesagt, sondern in solchen Ausdrücken gesagt, die nothwendig mißverstanden werden mußten, wenn wirklich nur der eine Fall gemeint war. Jetzt aber erscheint fast jeder Ausdruck sinnvoll und bedeutend. Der Jurist wendet die Regel zuerst auf einen besonderen Fall an, und dann wiederholt er sie als allgemeine Regel[85]). Wer dagegen einwenden wollte: daß sich von dem zweiten Anwendungsfall sonst nirgends eine Spur finde, dem darf man wohl antworten, daß alsdann kein Rechtssatz gelten dürfe, wofür sich nur eine einzelne Belegstelle anführen läßt; und deren sind doch wahrlich

84) a. a. O. S. 420—422 (Siebenter Abschnitt).

85) Mit Recht leitet daher der Verfasser der Basiliken den zweiten Satz so ein: denn überhaupt, wer u. s. w.

nicht wenige. Hier kann man aber noch hinzufügen, daß eine Regel, so wie sie uns Gajus angiebt, schlechterdings nothwendig war, um die auffallende Inconsequenz zu entfernen, daß der blos prätorische Notherbe eher zur Anfechtung eines Testaments berechtigt seyn könne, als der civilrechtliche, und eben ihrer inneren Nothwendigkeit wegen dürfen wir auch annehmen, daß sie in dem System der alten Jurisprudenz nicht gefehlt haben werde[86]).

Nach dieser Erklärung, welcher sich schwerlich etwas Wesentliches entgegenstellen lassen wird, sollen jetzt noch einige andere Puncte, welche mehr oder weniger mit dem richtigen Verständnisse der Stelle in Verbindung stehen, berührt werden.

1) Ist unter dem **filius exheredatus** oder **praeteritus** nur ein **suus**[87]), oder nur ein **emancipatus** zu verstehen[88]), oder geht der Ausdruck auf den prätorischen, wie auf den civilrechtlichen Notherben? Für letzteres haben sich stets die meisten Stimmen erklärt[89]), und dafür spricht auch, daß der Ausdruck (**filius**) allgemein ist, und

86) Auch *Ant.* Schulting in not. ad Dig. tit. h. l. T. VI. p. 17 scheint dieser Meinung zu seyn. Leider erklärt er sich nicht näher darüber, sondern sagt nur zu den Worten *si remoto —— scripti heredes*: „Qui possent habere bonorum possessionem secundum tabulas cum re, non vero ab intestato proxime *praecise*.“

87) S. Maranus l. l. p. 693 a. E. sq.

88) S. z. B. *Barth.* Chesius l. l. Nr. 21 u. Nr. 24 und *Fr. Gu. Car.* Sartorius Diss. de bon. poss. quam contra tab. parent. liberi agnosc. p. 39. Note g; beide freilich aus verschiedenen Gründen.

89) S. Koch a. a. O. S. 371. §. 7 u. S. 395 fgg. Foerster de bonor. poss. contra tab. T. II. §. 130. Not. 30. p. 396.

das Recht der bonorum possessio contra tabulas auf Beide geht. Dennoch glaube ich, daß Gajus nur an den filius *suus* dachte. Denn der erste Satz hat zwar auch für den Emanzipirten Bedeutung, da ein blos nach prätorischem Rechte giltiges Testament das frühere civilrechtliche überhaupt nicht anders zerstören konnte, als wenn in demselben die Intestaterben eingesetzt waren. Indessen die Regel kann in ihrer allgemeinen Fassung nur für den suus Bedeutung haben, da sich der durch sie ausgedrückte Rechtssatz für den Emanzipirten ohnehin von selbst versteht [90]).

2) Es ist bisher immer angenommen, daß in dem ersten Falle, den unsere Stelle vor Augen hat, nur die Einsetzung derjenigen Intestaterben erfordert werde, welche die nächsten nach dem präterirten Notherben seyen. Die Glosse construirt sich nun aber den Fall so: es seyen in dem zweiten Testamente von mehreren Kindern das eine präterirt, die übrigen aber eingesetzt [91]). A. Faber hält dies für den einzig möglichen Fall und denkt sich überhaupt die Sache so: In dem ersten Testamente wurden sämmtliche Kinder enterbt, in dem zweiten wurde einer derselben präterirt, die übrigen aber setzte der Vater zu Erben ein [92]). Nun läßt sich dieser Fall wohl allen-

90) Diesen, gewiß sehr wesentlichen, Zusammenhang der von Gajus aufgestellten Regel hat von allen mir bekannten Auslegern allein Maranus a. a. O. erkannt. Koch ist indessen der Meinung, daß Maranus einen „ganz ungegründeten und paradoxen favorem und jus singulare filii *sui* unnöthigerweise ersonnen" (a. a. O. S. 399 fg.)

91) Gl. Acc. *sed tamen distinguitur* ad h. l.

92) *A.* Faber Err. Pragmat. Dec. XXXVII. Err. 2 u. 3. (Vgl. auch dessen conjecturae I. 19).

falls als ein solcher denken, worauf das besondere Recht des testamentum posterius imperfectum hätte zur Anwendung kommen können[93]), wenn man sich dasselbe so vorstellt, daß in dem zweiten überhaupt nur nächste Intestaterben eingesetzt werden müßten. Indessen haben wir oben (S. 387 fg.) gesehen, daß sämmtliche nächste Intestaterben einzusetzen waren, folglich würde in dem Falle, wie sich ihn A. Faber mit der Glosse denkt, ein wesentliches Erforderniß eines solchen Testaments fehlen. Hiezu kommt aber noch, daß diese Auslegung mit den Worten der Stelle schlechterdings nicht zu vereinigen ist. Zuvörderst spricht der Jurist von einem Sohne, welcher im früheren Testament enterbt war. Es ist daher im höchsten Grade willkührlich, dafür mehrere Söhne zu substituiren, und dann wieder vorauszusetzen, daß einige von diesen im folgenden Testamente eingesetzt seyen. Sodann aber wird diese Interpretation auch geradezu durch die zweimal vorkommende Erklärung ausgeschlossen, daß das frühere Testament alsdann rumpirt werde, wenn die in dem späteren eingesetzten Erben nach Ausschluß des Notherben (remoto, oder amoto filio) die Erbschaft erhalten würden. Offenbar werden hier also solche Erben vorausgesetzt, welche dem Notherben nachstehen, wogegen sie nach Faber's Erklärung mit ihm concurriren müßten[94]). Wir dürfen mithin annehmen, daß das Recht des testamentum posterius imperfectum für diesen Fall, also zunächst zum Besten des Notherben, etwas über seine ursprüngliche Gränze hinaus erweitert, oder auf

93) Koch a. a. O. S. 366.

94) S. hier besonders *Barth.* Caesius interpr. jur. Lib. I. cap. 6. nr. 17—19.

diejenigen ausgedehnt ist, welche die nächsten nach dem Notherben sind[95].

3) Wenn man eine Aeusserung von Schott buchstäblich verstehen darf, so würden die in dem letzten Testamente Eingesetzten die Erbschaft aus dem Testamente nie erhalten können[96]. Wie dies nun auch gemeint sey, so ist das Gegentheil doch aus der Stelle selbst sehr leicht zu beweisen, indem deutlich gesagt wird, daß die Eingesetzten solche Personen seyn müßten, welche die Erbschaft erhalten würden, wenn ihnen der präterirte Notherbe nicht im Wege stände[97]. Gleichgiltig ist es, aus welchem Grunde sie durch den Notherben nicht gehindert werden; ob dieser vor der Geltendmachung seines Rechts mit Tode abgeht, oder verzichtet, oder sich an der Petitionszeit versäumt[98]. Aber auch der Fall, wenn ein Noth-

95) Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 320 fgg.

96) Es heißt nämlich comment. cit. p. 66. „Cave tamen credas, ex postremo hereditatem adquiri agnatis. Hoc enim non valet nisi ad infirmandum prius; neutiquam vero institutis heredibus jus succedendi tribuit, quippe quod iis a filio praeterito eripitur." Dieser letzte Zusatz macht es allerdings sehr zweifelhaft, was Schott eigentlich sagen wollte. Auch Foerster drückt sich über die Sache sehr zweideutig aus (a. a. O. p. 394), so daß man ohne die Bemerkung am Schlusse des §. 129 (S. 395) glauben könnte, er sey der Meinung gewesen, der im zweiten Testamente Eingesetzte habe eine gegen den im ersten Eingesetzten eine wirksame Bonorum possessio nicht anders erhalten können, als wenn auch dieser auf irgend eine Weise wieder weggefallen sey.

97) Vgl. Koch a. a. O. S. 404. Note 2.

98) Denn als Civilerbe konnte ein solcher Notherbe hier sein Recht nicht geltend machen, da ihm blos durch den Prä-

erbe nie existirte, darf hier nicht übergangen werden, obwohl dann von der Anwendung des gesetzlichen Falles selbst natürlich nicht die Rede seyn kann. Dadurch erhält nämlich die Regel erst ihre rechte Klarheit, daß man sie so faßt: würden die in dem zweiten Testamente eingesetzten Erben die Erbschaft erhalten, falls ein Notherbe gar nicht vorhanden wäre, oder aus irgend einem Grunde wegfiele, so erhält der Notherbe auch gegen dies Testament eine contra tabulas bonorum possessio. Die Basiliken verdienen also gewiß deshalb keinen Tadel, daß sie das amoto oder remoto filio in ein non existente filio verwandelten[99]). Das amoto filio kann leicht auf bloße Beseitigung des vorhandenen Notherben bezogen werden, worauf doch Gajus seine Regel gewiß nicht beschränken wollte. Nicht so leicht war ein Mißverstand zu befürchten, wenn in der Regel von einer Nichtexistenz des Sohnes die Rede war, da sich von selbst verstand, daß sie auch zur Anwendung kommen mußte, wenn der Notherbe auf irgend eine Art beseitigt wurde.

Der Vollständigkeit wegen mögen hier zum Schluß noch folgende Bemerkungen stehen:

A) Zu den Ausnahmen von der Regel, daß nur ein vollständiges Testament die Kraft habe, ein früheres zu zerstören, zählt man auch wohl die Fälle, wenn in Folge

tor die Anfechtung des Testaments möglich wurde, mithin seine Bonorum possessio eine necessaria war. S. Marani Paratitla l. l. p. 693 sq.

99) S. oben S. 447. S. Koch a. a. O. S. 374 fg. Vgl. auch Smallenburg bei Schulting not. ad Dig. h. l. T. VI. p. 17. Note 1.

einer Indignitäts-Erklärung der Fiscus an die Stelle eines eingesetzten Erben tritt. Von einem solchen Falle ist oben (S. 265) bereits die Rede gewesen. Ein anderer findet sich in folgendem Rescript K. Alexander Sever's aus dem J. 223: „Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis directis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus suis declaravit, merito ejus portio, non jure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt[100]). Schott versteht die Stelle so: der Testirer habe vermittelst der Indignitäts-Erklärung den Erbtheil des indignus für ein Fideicommiß erklärt und als solches ihn dem Fiscus zugewandt[1]). Richtiger aber construirt man den Fall auf folgende Art: Es waren in einem giltigen Testamente mehrere Erben eingesetzt. In einem an die Erben gerichteten Schreiben (also einem testamentarischen Codizill) findet sich, ausser einigen Freiheitsvermächtnissen, auch eine Indignitätserklärung in Beziehung auf einen der Miterben. Ueber die dadurch veranlaßten Zweifel äussert sich nun der Kaiser dahin: a) geradezu kann man durch Codizille Niemandem ein Erbrecht nehmen — (nämlich indirect, durch Verwandlung in ein Fideicommiß vermittelst einer an die Miterben gerichteten Auflage kann dies wohl geschehen. Eine solche fideicommissarische Auflage liegt aber hier nicht vor, sondern die Erblasserin hatte den einen Miterben geradezu ausgeschlossen). b) Indessen be-

100) L. 4 C *de his quae ut indignis auferuntur* (VI. 35).

1) Schott comment. cit. p. 72. 73. — Auf ähnliche Art erklärte die Stelle schon Brunnemann in comment. ad h. l. Cod.

wirkt die Indignitätserklärung, daß der Theil des ausgeschlossenen Miterben dem Fiscus anfällt, auch sind c) die in dem Codizill gemachten Auflagen zu erfüllen[2]). — Es ist aber überhaupt der rechte Gesichtspunct verfehlt, wenn man das Eintreten des Fiscus an die Stelle des indignus für ein Rumpiren des Testaments erklärt[3]), vielmehr bleibt das Testament bei Kräften und der Fiscus muß an Statt des Erben die testamentarischen Auflagen erfüllen[4]).

Noch weniger aber kann man den der folgenden Stelle zu Grunde liegenden Rechtssatz als Ausnahme von der obigen Regel betrachten, wie gleichwohl bisweilen geschieht: „*Paulus Lib. III. Decretorum.* Clodius — facto primo testamento, postea eundem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile visum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum decessisse“[5]). —

2) Vgl. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 1149.

3) Ausdrücklich heißt es in der L. 12 D. *de his quib. ut indign.* (XXXIV. 9): — „quamvis institutio non valeat, *neque superius testamentum ruptum esset.*“

4) L. 60 D. *de condit et demonstr.* („Fiscus iisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut etiam cum suo onere hoc ipsum vindicat“). — L. 3. §. 5 D. *ad Senatuscons. Trebell.* (XXXVI. 1).

5) L. 97 D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2).

In beiden Testamenten wurde der nämliche Erbe eingesetzt. Dieser tritt aus dem letzteren die Erbschaft an, indem er es für giltig hält, später aber zeigt sich das Gegentheil, und nun wird die Sache zur Entscheidung an das Auditorium Principis gebracht. Paulus ist der Meinung, daß das erste Testament noch gelte, da man gewiß nicht annehmen dürfe, Jemand habe das Erbrecht ausgeschlagen, weil er es aus einem von ihm für giltig gehaltenen Testamente erwerben wolle. Es gieng ihm aber so, wie es auch jetzt wohl noch gehen kann, wenn Stimmenmehrheit und Autoritäten entscheiden: die verständigere Ansicht wurde überstimmt [6]). — Es ist hier der Ort nicht, näher in die Sache einzugehen; gewiß ist aber, daß diese Stelle mit der Ruptionsfrage gar nichts zu thun hat, da sich Alles darum drehte (wie man aus dem von Papinian hinzugefügten Entscheidungsgrunde sieht), ob nicht die Erwerbung des Erbrechts aus dem ersten Testament ausgeschlagen, mithin das Testament für destituirt zu halten sey [7])?

B) Aber werden nicht wenigstens die Codizillar-Verfügungen durch jedes nachfolgende ungiltige Testament aufgehoben? Denn zu deren Aufhebung ist eine beson-

6) Daß Paulus hier die meisten neuern Juristen auf seiner Seite hat, bedarf wohl kaum einer Bemerkung. S. z. B die Accursische Glosse *intestatam* ad h. l. *A.* Faber conjectur. L. VI. Cap. 19. p. m. 164 b. *Ed.* Caldera Var. Lect. Lib. I. Cap. 5 (in thes. Meerm. T. III. p. 598 sq.) *Jo.* Jensius stricturae ad Rom. juris Pandectas (Rotterd. 1749) p. 204. — Vgl. übrigens Schulting ad h. l. in not. ad Dig. T. V. p. 153 und die folgende Note.

7) S. Schott l. l. p. 74, welcher im Uebrigen die Ansicht von Papinian billigt.

dere Solemnität überall nicht erforderlich[8]). Allerdings muß der bestimmt erklärte Wille des Testirers, daß die Vermächtnisse nicht gelten sollen, immer berücksichtiget werden. Findet sich aber eine solche in bestimmter Beziehung auf die Vermächtnisse ausgesprochene Erklärung nicht, so ist es gewiß sehr natürlich, daß auch alle Anordnungen eines Testaments erhalten werden, das durch ein früheres nicht zerstört werden konnte. So entscheidet denn auch Pomponius **Lib. I. Fideicommissorum**[9]): „**Si jure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deinde postea aliud fecero non jure, in quo fideicommissum relictum tibi vel aliud, quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum**[10]), **videndum est, mens mea haec fuerit facientis postea testamentum, ut nolim, ratum tibi sit priore testamento relictum, quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur**[11]). **Sed vix id obtinere potest, fortassis ideo, quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit; et nunc ex posteriore testamento fidei-**

8) L. 3. §. 11 D. *de adimend. vel transfer. legat.* (XXXIV. 4). L. 27 C. *de fideic.* (VI. 42). — S. oben S. 322. S. 330 fg.

9) L. 18 D. *de leg.* III.

10) D. h., es mag nun in dem zweiten Testamente ebenfalls ein Fideicommiß für dich angeordnet seyn, oder nicht.

11) Früher galt die formlose Aufhebung nur für Fideicommisse, diese werden daher gewöhnlich nur genannt, auch in der Zeit noch, als schon bei Legaten die unförmliche Aufhebung durch doli exceptio vermittelt wurde. — Vgl. *Barth.* Chesii Differentiar. Cap. XXXIV. Nr. 5. (in der Jurisprudentia Rom. et Attica T. II. p. 723), und die Note 8 a. E. in Bezug genommene frühere Erörterung.

commissum ei non debetur, etiamsi iidem heredes utroque testamento instituti ex priori exstiterunt"[12]). — Pomponius sucht also seine Entscheidung auf den präsumtiven Willen des Erblassers zu stützen, und fügt alsdann noch den Nebengrund hinzu: der Vermächtnißnehmer bekomme ja auch aus dem letzten Testamente nichts. Indessen kann dieser Grund hier gar nichts beweisen, da die Entscheidung ja auch den Fall mit umfaßt, wenn dem Vermächtnißnehmer im zweiten Testamente gar nichts zugewandt war, und mit dem präsumtiven Willen des Testirers sieht es in einem solchen Falle gewiß sehr mißlich aus. Einfacher und zugleich richtiger drückt man daher wohl den Grund so aus: ist das Testament im Ganzen nicht aufgehoben, so müssen im Zweifel auch die einzelnen Verfügungen desselben bei Kräften bleiben.

Dagegen fallen aber auch die Vermächtnisse von selbst weg, wenn das Testament auf irgend eine Art zerstört wird. Wenn daher in demselben die nächsten Intestaterben eingesetzt waren, so können die darin enthaltenen Anordnungen von Vermächtnissen auch nicht als Intestat-Codizille fortbestehen. Dies drückt Paulus in dem neunten Buche der Quästionen[13]) auf folgende Art aus: „Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis testamentum aliquo casu irritum factum sit[14]), filii ab intestato

12) S. über diese Stelle auch Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. II. §. 1462.

13) L. 81 D. *de leg.* II.

14) Das irritum factum testamentum kann hier nicht auf Vernichtung des Testaments durch capitis deminutio

venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt"[15]).

§. 1431.

Modificationen der Regel und insonderheit vom Nebeneinanderbestehen mehrerer Testamente *).

Von der Regel: daß durch ein giltiges Testament eine frühere Disposition vollständig rumpirt werde, giebt es eine absolute Ausnahme. Da nämlich der Soldat bei seinem Testiren nicht an die familiae mancipatio gebunden ist, so wird die Wirkung seines Testaments lediglich durch seinen ausgesprochenen oder präsumtiven Willen bestimmt. So wie daher der Soldat nur für einen Theil seines Vermögens sich einen Erben ernennen und es im Uebrigen bei der Intestaterbfolge bewenden lassen darf[16]),

gehen, indem alsdann auch überall nicht von Intestatcodizillen die Rede seyn könnte, sondern es bedeutet überhaupt ein vernichtetes Testament, z. B. durch physische Zerstörung. S. CUJACIUS ad Lib. IX. Quaestion. Pauli h. l. ed. Neapolit. T. V. b. 1055 sq.

15) Vgl. L. 29 Cod. *de fideic.* „Ex testamento quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, *si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur*, peti potest."

*) Die Diss. von *Achat. Lud. Car.* SCHMIDT (resp. SCHELLHAS) de testamento priore posteriori derogante (Jen. 1755) bespricht nicht blos die durch den Titel angedeuteten, sondern sämmtliche Fälle, von welchen in diesem §. die Rede seyn wird, und ausserdem die Gründe, welche der Giltigkeit des späteren Testaments im Wege stehen, namentlich auch die Wirkung der dem früheren Testamente hinzugefügten Derogatorclausel (s. oben §. 1428. S. 172 fgg.); aber Alles mit gleicher Ungründlichkeit.

16) L. 6. L. 37 D. *de test. milit.* (XXIX. 1).

eben so kann er aus mehreren Testamenten direct beerbt werden [17]), oder auch eine frühere fideicommissarische Verfügung in eine directe verwandeln [18]); m. a. W. seine Verfügung gilt gerade so, wie er sie gemeint hat [19]), und insofern fällt denn hier auch die Regel weg: posteriore testamento prius rumpitur [20]).

Ausserdem giebt es aber noch gewisse (wirkliche oder vermeintliche) Modificationen der Regel, welche unsere besondere Aufmerksamkeit verdienen. Sie lassen sich auf vier Klassen zurückführen: Entweder 1) wird der Inhalt des früheren Testaments als Fideicommiß aufrecht erhalten, oder umgekehrt 2) es behält seine vollkommene Gültigkeit, die spätere Disposition aber besteht nur zum Theil, und zwar als fideicommissarische Verfügung, oder 3) es wird ein früheres Testament durch Vermittlung des Prätors wieder hergestellt, oder 4) es bestehen nach prätorischem Rechte mehrere Testamente neben einander wie eines. Wir wollen jede besonders betrachten. Also

1) der Inhalt des früheren Testaments wird als Fideicommiß aufrecht erhalten. Dies ist vornämlich der Fall, wenn der Testirer es also bestimmt [21]), worüber

17) L. 19 pr. L. 36 pr. *eod.*

18) L. 19 pr. cit. „Quin imo, et si codicillos ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere, *et efficere directam institutionem, quae erat precaria.*“

19) Vgl. Huschke über die Regel: „*Nemo pro parte testatus* u. s. w. im rhein. Mus. Bd. VI. Nr. VIII. S. 326—333.

20) L. 19 pr. D. *de test. milit.* — „militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur.“

21) L. 12. §. 1 D. *h. t.* „Si *paganus*, qui habebat jam

nichts Näheres zu bemerken ist. Dieselbe Wirkung tritt auch ein, wenngleich der Testirer den Erben im zweiten Testamente nur auf bestimmte Objecte eingesetzt hat. Dies wird so interpretirt: der Ernannte soll alleiniger Erbe, jedoch auf die bestimmten Sachen oder Summen eingeschränkt seyn; alles Uebrige muß er daher in Folge der Erklärung des Erblassers, daß auch die frühere Disposition gelten solle, den im ersten Testamente Eingesetzten restituiren. „*Marcianus Lib. IV. institution.*[22]) **Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit**[23]), **superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione**

factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, *omnimodo prius testamentum ruptum est;* quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sunt fideicommissi (nämlich die Bestimmung: ut priores tabulae valerent), et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates *et heredis institutio.*" — Vgl. *Cl.* Chifletius de jure fideicommissor. Lib. III. Cap. XIV. (bei Otto thes. jur. Rom. T. V. p. 887 sq.).

22) L. 29 D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1). Die Stelle ist mit wenig Veränderungen und mit Weglassung des Schlußsatzes in die Institutionen aufgenommen als §. 3 J. *quib. mod. test. infirm.*

23) Sprachrichtiger heißt es in den Institutionen: etiamsi ex cert. reb. *in eo* hered. instituerit.

expressa sunt: „„Impp. Severus et Antoninus Coccejo Campano [24]). Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex Lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.““ *Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.*“ Der Satz, womit Marcian es hier hauptsächlich zu thun hat, ist, daß ein zweites Testament auch alsdann vim prioris rumpendi habe, wenngleich in demselben nur ein heres ex re certa eingesetzt sey [25]). Das Rescript bestimmt aber auch zugleich, welche Wirkung die Verfügung habe, daß das frühere Testament ebenfalls gelten solle. Allein was bedeuten die Schlußworte (Et hoc ita intelligendum est u. s. w.)? A. Faber hält

24) Daß hier nicht der Jurist CAMPANUS gemeint sey, zeigt *Aeg.* MENAGIUS jur. civil. amoenit. Cap. 27. p. 247. (ed Erfurt.)

25) Unbestritten war dies früher also gewiß nicht, und es läßt sich wohl behaupten, daß früher ein Testament gar nicht galt, wenn der Testirer so verfügte. Würde doch erst auf die Autorität des Gallus Aquilius angenommen, daß Jemand als heres ex asse anzusehen sey, wenngleich der Erblasser das eine oder andere Object ausgenommen habe (z. B. excepto fundo heres esto. L. 74 D. *de hered. inst.*) — Vgl. noch *Jan. a* COSTA in comment. ad §. 3 J. *quib. mod. test. infirm.* v. *etiamsi ex certis.*

sie für einen Zusatz Tribonian's [26]), und diesmal würde ich ihm hierin unbedenklich beistimmen, wenn sich nur nachweisen liesse, daß in diesem Puncte unter Justinian ein anderes Recht gegolten habe, als zur Zeit der juristischen Klassiker. Aber worin sollte dies bestanden haben? Gewiß nicht darin, daß dem Testirer etwa frei gestanden hätte zu bestimmen, es solle auch der im ersten Testamente ernannte Erbe s. g. directer Erbe seyn. Eher könnte man an ein Verbot des Abzugs der Quarta denken; allein die rechtliche Möglichkeit eines solchen Verbots ist ja erst durch eine Novelle Justinian's eingeführt [27]). Man darf daher diesen Zusatz, von Wem er auch herrühren mag, wohl unbedenklich so verstehen, daß jedenfalls die besondere Bestimmung des Testirers in Ansehung des den ersten Erben zu restituirenden Objects berücksichtiget werden müsse [28]), wobei sich denn von selbst versteht, daß Alles, was der zweite Erbe hiernach nicht zu restituiren hat, ihm verbleibt, ungeachtet er in re certa eingesetzt ist [29]).

Indessen ist von neueren Juristen behauptet, daß heut zu Tage beide Testamente neben einander mit vollständiger Wirkung bestehen, d. h. die in beiden Eingesetzten als directe Erben concurriren, sofern nicht aus der Erklärung des Testirers, oder sonst aus den Umständen er-

26) *A.* Faber conjectur. Lib. V. c. 19 u. Error. Pragmatic. Dec. XV. Err. Nr. 10—15.

27) Nov. 1. cap. 2. §. 2.

28) Auf ähnliche Art erklärt die Accursische Glosse *specialiter* den Zusatz; sie versteht ihn geradezu von dem Fall, wenn der Testirer eine oder die andere Sache von der Restitutionsverbindlichkeit ausgenommen hat.

29) Arg. L. 1. §. 4 D. *de heredib. instit.*

heißt, daß das frühere Testament nur als Fideicommiß gelten solle[30]). Da wir indessen mit dem römischen Testamentsrechte auch die Fundamental-Prinzipien dieses Rechts aufgenommen haben[31]), so ist das Gegentheil richtiger, sofern sich nicht in Particularrechten ein Anderes bestimmt findet. Die Erklärung eines Testirers, er wolle, daß auch sein früheres Testament bei Kräften bleibe, ist also immer mit der Einschränkung zu verstehen: soweit dies rechtlich möglich ist; nach juristischen Prinzipien aber kann das frühere Testament dadurch immer nur die Bedeutung einer fideicommissarischen Disposition erhalten[32]). Am ersten noch würde man das zweite Testament, worin der Erbe auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, als bloße Codizillarverfügung ansehen dürfen, die Bestätigung des früheren Testaments aber als eine Erklärung, daß der hierin Eingesetzte als der wahre Erbe zu betrachten sey. Indessen verträgt sich auch dies nicht mit der Rechtsanalogie, vorausgesetzt, daß an der Absicht des Testirers, ein eigentliches Testament zu errichten, nicht gezweifelt werden kann. In diesem Falle soll nach der

30) So Höpfner im Commentar §. 454 Note 3 und §. 518 Note 4. Dieser Schriftsteller will sogar alsdann schon discrete Erbfolge aus beiden Testamenten eintreten lassen, wenn in dem letzten Testamente der Erbe nicht auf eine gewisse Sache, sondern schlechtweg eingesetzt ist. Nach der Natur der Sache aber sollte man eher annehmen, er erhalte im letzteren Falle mehr Rechte als im ersten. Höpfner beruft sich auf Voet ad tit. *de injusto* u. s. w. *test.* §. 8, welcher allerdings ohne alle Beschränkung den Satz aufstellt: moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur."

31) Vgl. oben S. 338 fgg.

32) Stryk cautel. testam. Cap. XXIV. §. 59.

ausdrücklichen Bestimmung der Kaiser (in der **L. 29 D.** *ad Sct. Treb.*) die Giltigkeitserklärung des früheren Testaments immer nur die Bedeutung von **verba fideicommissi** haben[33]).

2) Es ist aber auch möglich, daß das erste Testament als directe Verfügung aufrecht erhalten wird, einzelne Verfügungen des zweiten, obgleich in vollkommener Form errichteten, aber nur als Codizillar-Disposition bestehen. Hieher gehört der einzige Fall, wenn der Testirer lediglich durch eine irrthümliche Nachricht von dem Tode des früheren Testamentserben zu einer Abänderung seiner Disposition veranlaßt wurde. Dies Recht referirt Paulus[34]) in seiner Sammlung kaiserlicher Entscheidungen[35]) wie folgt: „**Pactumejus Androsthenes Pactumejam Magnam, filiam Pactumeji Magni, ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumejo Magno occiso**[36]) **et rumore perlato, quasi**

33) Wenn in dem zweiten Testamente ebenfalls wieder der frühere Erbe, allein oder mit Anderen eingesetzt wird, so kann natürlich die Giltigkeitserklärung nur auf die Vermächnisse bezogen werden.

34) L. 92 D. *de heredib. instit.*

35) Cujacius will, daß in der **inscr. leg.** nicht gelesen werde: **imperial. sententiar. in cognitionib. prolatar. ex Libr. VI. I.** *seu decretor. Lib. II.* sondern da die **sententiae** u. Decrete identisch seien: *decretorum Lib. I.* S. dagegen *Corn. v.* Bynkershoek **in comment. ad L.** *Lecta* **Cap. I. (opp. T. II. p. 2)** und besonders *A.* Schulting **in jurisprud. ante Justin. ad** Pauli **sent. rec. Lib. I.** Note 1. p. 211 **sq.**

36) Pactumejus Magnus befand sich unter denen, welche Commodus ohne Urtheil und Recht hinrichten ließ. *Ael.* Lampridius **in vita Commodi cap. VII** sagt, der

filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: *quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui*[37]), *Novius Rufus heres esto.* Pactumeja Magna supplicavit imperatores, et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur[38]), quia falsus non solet obesse, tamen ex vo-

Tyrann habe den Pactum. Magnus *cum suis* hinrichten lassen; es konnte also der Testirer über das Leben der ersten Erbin sich sehr leicht in einem Irrthume befinden. S. *Gu.* Panciroli thesaur. Lect. Lib. II. Cap. 62. (Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 1175). Auch der nachher erwähnte Novius Rufus ist eine historische Person; er wurde ebenfalls hingerichtet. S. *Ael.* Spartianus in vita Severi Cap. 13. — Ueber den Namen des Pactumejus Magnus s. noch Bynkershoek obs. jur. Rom. Lib. III. c. 7 p. 68 in f., besonders aber Otto in praefat. thes. jur. Rom. prooem. T. I. p. 39.

37) Der Sinn dieses, allerdings sonderbar ausgedrückten Satzes, ist klar: weil ich die nicht zu Erben haben kann, welche ich wünschte. Die Lesart: *contingere*, welche sich bei Mehreren findet (s. Smallenburg in Schultingii not. ad Dig. T. V. p. 76 ad h. l. Not. 4) verbessert nichts, wenn man nicht auch Statt *poterit* liest: possunt. Vgl. insonderheit Brencmann und Gebauer in not. ad h. l. Not. 89.

38) Modus hat hier offenbar die Bedeutung von *causa* (s. Cujacius in comment. ad h. l.), wie mit unzweifelhafter Gewißheit aus dem folgenden Satze: quia falsus non solet obesse hervorgeht (Cujacius a. a. O. will statt *quia* lesen *qui*). Uebrigens paßte hier das falsa causa non nocet gar nicht; es geht nur auf den Fall, wo der Testirer sich nicht in einem Irrthum befand. Ist letzteres der Fall, so kann der Honorirte durch doli exceptio

luntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit, hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.“ Genau genommen liegt indessen gar nichts Besonderes darin, daß hier eine directe Succession aus dem früheren Testamente Statt findet, da die zweite ja auf einem wesentlichen Irrthume beruht, mithin eigentlich gar nicht gelten kann; das Anomale dieser Entscheidung besteht also lediglich darin, daß der frühere Testamentserbe mit Vermächtnissen aus dem späteren ungiltigen Testamente belastet wird [39]. Da hierüber das Nähere schon in einem anderen Zusammenhang ausgeführt ist (Bd. 35 d. Comment. S. 380—390), so kann darauf verwiesen werden.

3) Wenn der Testirer ein später errichtetes Testament wieder zerstört, und zwar in der Absicht, daß ein früheres, noch unversehrt vorhandenes wieder in Kraft trete, so wird es auch durch den Prätor vermittelst der sec. tab. B. possessio aufrecht erhalten. In der oben bereits mehrmals besprochenen L. 11. §. 2 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11) ist von der civilrechtlichen Zerstörung des Testaments durch Abrogation des Testirers die Rede. Dabei heißt es denn: „Plane, si

entfernt werden. L. 72. §. 6 D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1).

39) Das Gegentheil nimmt A. Faber an, in den Err. Pragmat. Dec. XX. Err. 9. Nr. 4 u. Dec. XXXIX. Err. 5. Nr. 23 bis zu Ende. Die frühere Stelle dieses Comment. worauf oben verwiesen ist, widerlegt diese Ansicht genügend. Uebrigens ist daselbst (S. 381. Not. 85) der Erblasser ohne Grund zum Großvater der Erbin gemacht.

sui juris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat judicio recenti rediisse intelligetur, *non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.*“ Diese Entscheidung wird denn auf den Grund gestützt: es werde durch bloße Willenserklärung zwar kein Testament geschaffen, allein hier handle es sich nicht darum, sondern um die Wirkung der doli exceptio, welche die Intestaterben dem testamentarischen Erben entgegenstellten; diese Exception sey nicht begründet, wenn der Wille des Erblassers sich nicht für sie, sondern für den Testamentserben erklärt habe. Mit anderen Worten: der Prätor giebt auch aus einem nach Civilrecht zerstörten Testamente eine secundum tabulas B. P.; ob sie aber cum re oder sine re sey, hängt von den Umständen ab, und zwar insbesondere von dem Willen des Testirers, welcher hier dem früheren Testamentserben zur Seite steht [40]. Der Bemerkung bedarf es wohl

40) S. oben §. 1429. S. 263 fg. Note 54 und S. 328 fg. — Vgl. auch Francke Notherbenrecht S. 120. — Von Vinnius ad §. 6 Inst. quib. mod. test. infirm. Nr. 3, welcher hier wohl als Hauptschriftsteller genannt zu werden pflegt, ist die Stelle völlig misverstanden. Statt auf die Eigenthümlichkeiten des Prätorischen Successionssystems Rücksicht zu nehmen, wovon hier Alles abhängt, erklärt er Alles aus s. g. allgemeinen Grundsätzen: die Regel, daß ein vernichtetes Testament nicht wieder aufleben könne, gehe nur auf die Fälle, wo dasselbe auch materiell zerstört sey. So kommt er denn zu dem Resultat, daß ein solches Testament selbst nach dem Civilrecht wieder giltig werde, obgleich Papinian (in unserer L. 11 §. 2 *de Bon. poss. sec. tab.*) durch die Worte: „non

kaum, daß, wenn nach röm. Rechte eine wirksame Bonorum possessio aus einem Testamente gegeben wird, jetzt geradezu von einem rechtsgiltigen Testamente gesprochen werden darf; wir können also practisch diesen Satz so ausdrücken: das durch ein späteres Testament vernichtete, aber materiell noch vorhandene Testament, wird wieder vollkommen giltig, wenn der Erblasser jenes in der Absicht cassirt, daß dieses gelten soll.

4) Aus zwei gleichzeitig errichteten aber ihrem wesentlichen Inhalte nach verschiedenen Testamenten wird eine wirksame **Bonorum possessio** gegeben, wie wenn es ein Testament wäre[41]. — Es scheint bei den Alten nicht ungewöhnlich gewesen zu seyn, von demselben Testamente mehrere Originalexemplare anzufertigen, um der Gefahr des Verlustes nach Möglichkeit vorzubeugen[42], d. h. es wurden völlig gleichlautende Testamentsurkunden in dem nämlichen Testamentsact solemnisirt[43]. Na-

enim *de jure testamenti* quaeritur" sehr bestimmt auf das Gegentheil hinweist.

41) Eine gründliche, nur zu viel unnöthige Worterklärungen enthaltende Schrift über den Gegenstand ist *Bernh. Ludov.* Mollenbecii (resp. Elwert) Diss. de duobus testamentis simul validis, ad L. 1. §. 6 ff. *de bonor. poss. sec. tab.* Giess. 1718.

42) S. L. 24 D. *qui test. fac. poss.* u. §. 13 Inst. *de test. ordin.* L. 47 D. *de leg.* II. — Vgl. auch die in den folgenden Noten anzuführenden Stellen. — Es ist hiervon bereits im 34sten Bande d. Comment. S. 475 fgg. die Rede gewesen, wobei aber insonderheit noch zu vergl. ist: *Des.* Heraldus observ. et emendat. Cap. 50 (in Otto's thes. II. p. 1381).

43) L. 4 D. *de his quae in test. del.* „Pluribus tabulis *eodem exemplo scriptis* unius testamenti voluntatem

türlich bildeten diese immer nur ein Testament [44]), obwohl jedes Exemplar bei Nachsuchung einer Bonorum possessio u. s. w. als Original benutzt werden konnte [45]) wodurch sie sich eben von bloßen Copieen eines Testaments unterschieden [46]). — Von einem Falle der Art

eodem tempore dominus solenniter complevit." — *Eodem exemplo* heißt hier natürlich nicht: in demselben Exemplar, sondern es wird dieser Ausdruck auf den Inhalt, auf die Art und Beschaffenheit bezogen, wie er in diesem Sinne auch bei den nichtjuristischen Classikern sehr häufig gebraucht wird. Also plures tabulae eodem exemplo scriptae sind: mehrere Exemplare desselben Inhalts, wie bei Sueton in vita Tiberii cap. net. Vgl. Pothier Pand. Justin. tit. *de his quae in test. del.* Nr. V. Note c. (T. II. p. 195) u. Bd. 34 d. Comment. S. 477 fg.

44) Das interdictum de tabulis exhiberdis, sagt Ulpian, kann auf alle Exemplare zusammen gerichtet werden, quia unum testamentum *est*;" L. 3. §. 1 D *de tab. exhib.* (XLIII. 5).

45) L. 1. §. 5 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11).

46) L. 1. §. 7 D. *eod.* „Si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud quasi exemplum, si quidem id exstat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit." — Gewöhnlich bedeutet exemplum (im Gegensatz von exemplar) wie hier, eine Copie, exemplar dagegen ein Original. (S. *Cl.* Salmasius de subscribend. et signand. testam. Cap. IV—VI). Aber es ist bekannt, daß exemplar auch für eine bloße Abschrift gebraucht wird, plura exempla aber bisweilen für: mehrere Originalexemplare steht, wie in L. 24 D. *qui test. fac.* Ueberhaupt darf man die Bedeutung der Ausdrücke: plures testamenti codices, tabulae, exempla, exemplaria immer nur aus dem

nun spricht Ulpian in der L. 5. §. 1 D. *de Bon. poss. sec. tab.* („Siquis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur, petique potest bonorum possessio"). Darauf fährt er in dem §. 6 also fort:

„*Set etsi* in duobus codicibus simul signatis *alios atque alios heredes scripserit*, et utrumque exstet, ex utroque *quasi ex uno* competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis *habendum est*, et *supremum utrumque accipiemus.*"

Huschke meint nun, daß hier keineswegs von mehreren Testamenten die Rede sey, sondern ebenfalls nur von mehreren Exemplaren desselben Testaments [47]. Nach der Art, wie Huschke sich auf die L. 1. §. 6 cit. beruft, könnte man leicht veranlaßt werden, zu glauben, daß Ulpian buchstäblich von „plures codices, quibus unum testamentum continetur" gesprochen habe, und alsdann möchte sein Tadel allenfalls Grund haben, daß die rechte Bedeutung von codices in dieser Stelle nicht berücksichtiget worden sey, wenn man darunter mehrere Testamente verstehe; obgleich in diesem Falle der ganze Satz weder logisch noch juristisch recht zusammenhängen würde. Lassen wir dies aber auf sich beruhen, und halten uns an den ächten Text, so wie an den äusseren Zusammenhang desselben mit den vorausgehenden und nachstehenden Sätzen,

ganzen Zusammenhange bestimmen, indem sie bald Originalexemplare, bald bloße Abschriften, bald schlechthin mehrere Testamente bedeuten.

47) Im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. VI. Abh. VIII. S. 300 u. das. Note 68.

so ist es ganz unmöglich, hier an mehrere Exemplare des nämlichen Testaments zu denken. Davon spricht Ulpian in dem §. 5. Die Anfangsworte des folgenden §. 6 deuten sehr bestimmt darauf hin, daß jetzt ein anderer Fall vorgetragen werde [48]), und der Inhalt der Stelle selbst bestätigt dies auch vollkommen. Geflissentlich wählt hier der Jurist den Ausdruck: duo codices simul signati, im Gegensatz von duo exemplaria, wie es in dem §. 5 heißt [49]). Denn mehrere Exemplare desselben Testaments können solche Testamentsurkunden nicht heissen, welche gerade in Ansehung des wesentlichen Inhalts, der Erbeseinsetzung, verschiedene Bestimmungen enthalten [50]). Auch alle sonstigen Aeusserungen Ulpians

48) S. Mollenbecius diss. cit. Cap. III. §. 1.

49) Oder wie der letztere Ausdruck in der L. 3. §. 1. D. *de tab. exhib.* umschrieben wird: „Si *tabulae* in *pluribus codicibus scriptae* sint." S. Mollenbecius l. l. Cap. III. §. 2.

50) Mollenbecius diss. cit. Cap. III. §. 5. — Vgl. auch oben Bd. 33. d. Comment. S. 86. — Daß man sich in einem Testamente auf eine den Namen des Erben enthaltende Codicillarposition beziehen könne, wird hier Niemand einwenden wollen; denn alsdann ist ja dieser Erbe in jenem Testamente eingesetzt. In unserem Falle enthalten die verschiedenen Testamentsurkunden ganz verschiedene Erbeinsetzungen). — Wenn sich übrigens blos in nichtwesentlichen Punkten — so in Vermächtnißbestimmungen, eine Differenz zwischen verschiednen zugleich solemnisirten Testamentsurkunden findet, so können diese immer noch als verschiedene Exemplare des nämlichen Testaments angesehen werden. In solchen Fällen soll, nach einer Entscheidung des Proculus, im Zweifel die geringste Belästigung für den Erben angenommen werden. L. 47. D. *de leg.* II. „Binae tabulae testamenti

sprechen aufs deutlichste dafür, daß der Jurist hier an verschiedene Testamente dachte. Er sagt: ex utroque *quasi ex uno* competit b. p.[51]), sodann: quia pro unis tabulis habendum est (nicht unum testamentum *est*, wie in L. 3 §. 1 D. *de tab. exhib.*). Besonders beweisend aber sind die Schlußworte: „supremum utrumque accipiemus"; denn bei mehreren Exemplaren desselben Testaments kann unmöglich von einem ersten und letzten die Rede seyn, hier aber heißt es: beide seien für das zuletzt erklärte Testament zu halten, also sind doch die Verhältnißbegriffe eines ersten und letzten Testaments nicht schon mit Nothwendigkeit durch die Sache selbst ausgeschlossen. Es steht dieser Ansicht aber auch nicht entgegen, daß Ulpian von codices *simul* signati spricht. Zwar will Cl. Salmasius dies so verstehen, daß verschiedene Testamentsurkunden durch Band und Siegel äusserlich vereinigt, also durch eine Solemnität zu einem Ganzen verbunden seien[52]), und auch Joh. Voet ist

eodem tempore *exemplarii causa* (d. h. als Originalexemplare, s. Brisson. ex *exemplarium*) scriptae, ut vulgo fieri solet, ejusdem patrisfamilias proferuntur; in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quaeris, utrum et quinquaginta aureos, an centum dumtaxat habiturus sit? Proculus respondet: in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei." — S. Cujacii consult. 28. — Vgl. über Voet ad tit. Dig. *de injusto, rupto iur. f. test.* §. 9. zu Anfang.

51) Mollenbecius diss. cit. cap. *III.* §. 7.

52) Salmasius de modo usurar. Cap. 10. p. 417 sqq. und de subscrib. et signand. testam. Cap. 8. p. 91 sqq.

dieser Meinung[53]. In der That wären hier aber überall nicht verschiedene Testamente, sondern nur ein einziges vorhanden, und Ulpian hätte alsdann weder von einem supremum utrumque testamentum sprechen, noch die ganze Sache einer besondern Erörterung werth halten können[54]. Das simul ist hier von einem Besiegeln während des nämlichen Testamentsacts zu verstehen, auf ähnliche Weise, wie in der L. 19 pr. D. de test. milit. (XXIX. 1) von einem Soldaten die Rede ist, welcher gleichzeitig mehrere Testamente errichtet, und hinzugefügt wird: das erste werde nicht durch das letzte vernichtet[55].

Zwei an sich ganz verschiedene Testamente nun können nach strengen Rechtsprinzipien neben einander nicht bestehen. Da nun hier nicht zu ermitteln ist, welches das erste und welches das letzte sey, so hätte genau genommen die Regel zur Anwendung kommen müssen: „Ubi pugnantia inter se testamento juberentur, neutrum ratum est"[56]. Indessen entschied der favor testamentorum dafür, in diesem Falle beide Testamente als eines bestehen zu lassen. In Gemäsheit dieses Grundsatzes er-

53) Voet ad tit. *de injusto* u. s. w. *test.* §. 9.

54) Die oben angeführte Idee von Salmasius ist auch längst für widerlegt zu achten. S. *Desid.* Heraldus, observat. et emendat. in Otto's thes. jur. Rom. T. II. p. 1381 sqq.; auch Schulting not. ad Dig. ad Smallenburg T. V. p. 57. ad h. l.

55) Dies nimmt auch Huschke a. a. O. S. 300 Note 68 an. Warum soll denn aber nicht dasselbe auch hier gelten? — Vgl. noch Mollenbeck diss. cit. Cap. III. §. 3. a. E.

56) L. 188. D. *de reg. jur.* — S. Zoesius ad Dig. tit. de fide instrum. nr. 10.

klärte denn auch die Ingolstädter Juristen-Facultät zwei gleichzeitig solemnisirte Testamente für giltig. Eine Ehefrau hatte, bestürmt von ihrem Manne, diesen in einem Testamente zum alleinigen Erben eingesetzt, in einem anderen aber ihre nächsten Intestaterben. Sie berief darauf sieben Zeugen, erklärte, daß die beiden von ihr vorgewiesenen Testamentsurkunden ihren letzten Willen enthielten, und vollzog alsdann beide Testamente auf gewöhnliche Weise, allein ein jedes besonders. Die von dem Manne bewiesene Zudringlichkeit konnte dem zu dessen Besten errichteten Testamente nicht schaden[57]), noch weniger aber stand der Giltigkeit des für die Intestaterben errichteten etwas im Wege; man ließ sie daher neben einander bestehen[58]).

Wie nun aber, wenn sich zwei Testamente ohne Datum finden, oder es ist nur das eine mit einem Datum versehen, und auch sonst nicht zu erweisen, welches das erste und welches das letzte sey? Bekanntlich ist die Giltigkeit eines Testamentes in der Regel dadurch nicht bedingt, daß der Tag der Vollziehung aus demselben zu ersehen sey[59]). Gelten auch in diesem Falle beide, oder gilt keins? Die Stimmen der Rechtslehrer sind hierüber sehr getheilt[60]). Diejenigen, welche beide nicht bestehen

57) L. 2. C. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (VI. 34.) L. 3 D. *eod.* (XXIX. 6.) — S. Bd. 33 d. Comment. §. 1405 S. 434 fgg.

58) Mollenbeck diss. cit. Cap. IV. §. 4 sqq.

59) Nur das testamentum parentum inter liberos macht davon eine Ausnahme. S. Bd. 34 d. Comment. §. 1416. S. 468 fgg.

60) Für die Giltigkeit erklären sich Stryk de succ. ab int. Diss. IX. Cap. 4. §. 37. Schmid diss. cit. §. 12 u. A. Dagegen sind die Accursische Glosse ad h. l., Mol-

lassen wollen, haben allerdings überwiegende theoretische Gründe für sich. Immer enthält Ulpian's Entscheidung eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechte, also eine Singularität; singuläre Rechte aber sind bekanntlich strict zu interpretiren. Auch liesse sich dafür noch allenfalls anführen, daß zwei in demselben Acte vollzogene Testamente doch in einer näheren Beziehung zu einander stehen, als wenn auch jenes nicht einmal der Fall ist. Indessen beruhete Ulpian's Entscheidung schwerlich hierauf. Sind beide Urkunden wirklich ihrem wesentlichen Inhalte nach von einander verschieden, so sind es auch zwei verschiedene Testamente. Der Grund weshalb die Regel: **prius testamentum rumpitur posteriore** hier nicht zur Anwendung kommen kann, ist darin zu suchen, daß es eben nicht zu ermitteln ist, welches das letzte und welches das erste sey; darum heißt es: **supremum utrumque accipimus.** Offenbar wurde Ulpian nur durch den Zusammenhang seiner Untersuchung darauf geführt, die Frage so zu stellen: wie wird es gehalten, wenn die gleichzeitig vollzogenen Testamente nicht blos verschiedene Exemplare desselben Testaments, sondern verschiedene Testamente sind? Berücksichtigt man nun, daß auch bei singulären Rechten die **ratio decidendi** als eigentliche Gesetzesvorschrift zu behandeln ist, wenn sie sich nur auf besondere Fälle angewandt findet[61]), so wird man wenigstens gestehen müssen, daß es der Meinung, daß auch in den genannten Fällen beide Testamente neben einander bestehen können, keineswegs an Gründen fehlt.

LENBECK diss. cit. cap. V. §. 6 fgg. Höpfner Commentar §. 518. S. 518. d. 8. Aufl. u. Note 5.

61) S. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 16. S. 60 fgg.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 142 letzte Zeile des Textes ist hinter: dürfe die Parenthese zu schliessen.
— 268 Note 65 ist am Schlusse der Note noch hinzuzufügen: Vgl. auch Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. III. S. 188 fgg.



